

## LA PROHIBICIÓN Y CRIMINALIZACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL DE LAS VIOLENCIAS SEXUALES CONTRA MUJERES CIVILES EN CONFLICTOS ARMADOS

M.<sup>a</sup> DEL ROSARIO OJINAGA RUIZ\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. —II. LA PROHIBICIÓN DE LA VIOLACIÓN Y OTRAS VIOLENCIAS SEXUALES CONTRA MUJERES CIVILES EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO. 1. Aproximación histórica. 2. La evolución de la prohibición en el marco del Derecho de la Guerra y el Derecho Internacional Humanitario. — III. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA VIOLACIÓN Y OTRAS AGRESIONES SEXUALES CONTRA MUJERES CIVILES. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES. 1. Los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda. 1.1. Los conceptos de violación y agresión sexual y la determinación del bien jurídico protegido. 1.2. Las calificaciones de la violación y otras violencias sexuales como crímenes internacionales. 1.2.1. Crímenes de guerra. i) Infracciones grave de los Convenios de Ginebra de 1949. ii) Violaciones de las leyes y usos de la guerra. iii) Violaciones del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios. 1.2.2. Crimen de genocidio. 1.2.3. Crímenes contra la humanidad. 2. El Estatuto de

---

\* Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público. Universidad de Cantabria

Roma de la Corte Penal Internacional. 2.1. Crimen de genocidio. 2.1.1. El genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental. 2.1.2. El genocidio mediante la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. 2.2. Crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra: la categoría de los crímenes de violencia sexual. 2.2.1. La violación. 2.2.2. La esclavitud sexual. 2.2.3. La prostitución forzada. 2.2.4. El embarazo forzado. 2.2.5. La esterilización forzada. 2.2.6. Las cláusulas residuales sobre la violencia sexual. 2.3. Los crímenes de lesa humanidad: la violencia de género. 2.3.1. La esclavitud. 2.3.2. La persecución.— IV CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

1. Es un hecho admitido que *el Derecho Internacional contemporáneo no ofrece un esquema homogéneo de protección de las víctimas de la violación y otras agresiones sexuales*, ya que en las regulaciones pertinentes se consideran diferentes situaciones y categorías de perpetradores y víctimas<sup>1</sup>. Con todo, la adopción del Estatuto de Roma para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, en julio de 1998, constituye un avance importante en este sentido pues dicho Estatuto introduce en el Derecho Internacional Penal una primera *codificación y tipificación expresa y sistemática de los crímenes de violencia sexual —en particular, la violación, el embarazo forzado, la esterilización forzada, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y otras violencias sexuales de cierta gravedad— y la violencia de género —en particular, la esclavitud y la persecución—*.

En realidad, esta tipificación ubicada en la Parte II del Estatuto —en la que se define la competencia de la Corte— es sólo una primera manifestación *en el ámbito del Derecho sustantivo o material* de una percepción más integral de las cuestiones de género en el mismo. En tal sentido, cabe señalar la existencia de disposiciones que introducen la vertiente del género en *el ámbito del Derecho institu-*

---

<sup>1</sup> BASSIOUNI, M. C.: *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, INC, Irvington-on-Hudson/New York, 1996, pág. 560.

*cional*<sup>2</sup> así como *respecto del procedimiento y en el ámbito del Derecho procesal*<sup>3</sup>. Adicionalmente, el artículo 21 (3) del Estatuto incorpora una cláusula general de no discriminación —mencionando expresamente la no discriminación por motivos de género— a los efectos de la interpretación y aplicación del Derecho aplicable por la Corte<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Así, en la Parte IV —relativa a la composición y administración de la Corte— se incluyen varias disposiciones que tienden a garantizar, ya *en el ámbito del Derecho institucional*, una representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres en la Corte —Artículo 36 (8) (a) (iii)—, así como la presencia de magistrados especialistas en el tema de la violencia contra las mujeres y los niños —Artículo 36 (8) (b)—, el nombramiento por el Fiscal de asesores jurídicos especialistas en dicho tema y la existencia de personal especializado para atender a las víctimas de traumas —incluidos los relacionados con crímenes de violencia sexual—, en la Dependencia de Víctimas y Testigos de la Secretaría de la Fiscalía —Artículo 43 (6)—.

<sup>3</sup> En las Partes V y VI —relativas a la investigación y el enjuiciamiento y al juicio, respectivamente— aparecen algunas disposiciones relevantes en la perspectiva del género *respecto del procedimiento y en el ámbito del Derecho Procesal*. Más concretamente, se exige del Fiscal la adopción de medidas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte respetando los intereses y las circunstancias personales de víctimas y testigos —con inclusión del género— y teniendo en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños —Artículo 54 (1) (b)—. Por su parte, la Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos teniendo en cuenta todos los factores pertinentes —incluido el género—, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes —Artículo 68 (1)—. También, y como excepción al principio del carácter público de las audiencias, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de agresión sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo —Artículo 68 (ii)—.

<sup>4</sup> En esta noción quedarían incluidos el Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los prin-

Los desarrollos consagrados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se basan, en parte, en la experiencia y jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, establecidos de conformidad con las resoluciones 827 (1993) y 955 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, respectivamente; en particular, en las aportaciones de estos tribunales al tratamiento de las violencias sexuales tanto desde el punto de vista del Derecho sustantivo como procesal. Otras iniciativas adoptadas en el marco de las Naciones Unidas, principalmente las posiciones adoptadas por los gobiernos en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos —celebrada en Viena en 1993—<sup>5</sup> y la Conferencia Mundial sobre la Mujer—celebrada en Beijing en 1995—<sup>6</sup>, impulsaron la introducción de la perspectiva de género en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La propia Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recomendaba más tarde que se adoptara este enfoque en su resolución 1997/44. Finalmente, fue decisiva la presión ejercida por algunas organizaciones no gubernamentales desde el momento en que se iniciaron los trabajos preparatorios; en particular, *The Women's Caucus for Gender Justice*, que elaboró estudios y propuestas específicas en la materia.

Una buena parte de los estudios publicados hasta el momento sobre el tema se han dedicado al análisis de los Estatutos y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda<sup>7</sup>, en tanto que otros ofrecen un comen-

---

cipios establecidos del Derecho internacional de los conflictos armados; en su defecto, los principios generales del Derecho que derive la Corte del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el Derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el Estatuto ni con el Derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos; y, finalmente, los principios y normas de Derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores

<sup>5</sup> *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Doc. NU A/CONF.157/24, de 12 de julio de 1993; Parte I, párrafos 18 y 28 y Parte II, párrafo 37.

<sup>6</sup> *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, Doc. UN A/CONF.177/20, de 15 de septiembre de 1995, párrafo 142 (b).

<sup>7</sup> ASKIN, K. D.: *War Crimes Against Women, Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997; «Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals:

Current Status», *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, págs. 97-123 (1999); «Women and International Humanitarian Law», *Women and International Human Rights Law*, vol. 1, ASKIN, K. D./KOENING (eds.): Transnational Publishers, Ardsley, 1999, págs. 41-87; AYDELOTT, D.: «Mass Rape During War: Prosecuting Bosnian Rapists Under International Law», *Emory International Law Journal*, vol. 7, 1993, págs. 585-631; BUSS, D. E.: «Women at the Borders: Rape and Nationalism in International Law», *Feminist Legal Studies*, vol. 6(2), 1998, págs. 171-203; CHINKIN, C.: «Women: The Forgotten Victims of Armed Conflict?», *The Changing Face of Conflict and Efficacy of International Humanitarian Law*, DURHAM/MCCORMACK (eds.): Kluwer Law International, The Hague, 1999; COPELON, R.: «Surfacing Gender: Re-engraving Crimes Against Women in Humanitarian Law», *Hastings Women's Law Journal*, vol. 5, 1994, págs. 243-265; «Women and War Crimes», *St John's Law Review*, vol. 69, 1995, págs. 61-68; FALVEY, J. L. Jr.: «Criminal Sexual Conduct as a Violation of International Humanitarian Law», *St John's Journal of Legal Commentary*, vol. 12, 1997, págs. 385-410; HEALEY, S.: «Prosecuting Rape Under the Statute of the War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 21, 1995, págs. 327-383; International Human Rights Law Group, «No Justice: No Peace: Accountability for Rape and Gender-Based Violence in the Former Yugoslavia», *Hastings Women's Law Journal*, vol. 5, 1994, págs. 89-128; ISENBERG, B. A.: «Genocide, Rape, and Crimes Against Humanity: An Affirmation of Individual Accountability in the Former Yugoslavia in the Karadzic Actions», *Albany Law Review*, vol. 60, 1997, págs. 1051-1079; KOENING, D. M.: «Women and Rape in Ethnic Conflict and War», *Hastings Women's Law Journal*, vol. 5, 1994, págs. 129-141; KOHN, E. A.: «Rape as a Weapon of War: Women's Human Rights During the Dissolution of Yugoslavia», *Golden Gate University Law Review*, vol. 24, 1994, págs. 199-228; LEVY, A. B.: «International Prosecution of Rape in Warfare: Nondiscriminatory Recognition and Enforcement», *UCLA Women's Law Journal*, vol. 4, 1994, págs. 255-297; MACKINNON, C. A.: «Crimes of War, Crimes of Peace», *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lecture*, SHUTE/HURLEY (eds.), Basic Books, New York, 1993, págs. 83-109; MERON, T.: «Rape as a Crime under International Humanitarian Law», *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, págs. 424-428; NEBESAR, D. A.: «Gender-Based Violence as a Weapon of War», *University of California at Davis Law Review*, vol. 4(2), 1998, págs. 147-180; NIARCHOS, C.: «Women, War and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia», *Human Rights Quarterly*, vol. 17, 1995, págs. 649-690; NIZICH, I.: «Violations of the Rules of War by Bosnian, Croat, and Muslim Forces in Bosnia-Herzegovina», *Hastings Women's Law Journal*, vol. 5, 1994, págs. 25-52; PATEL, K. R.: «Recognizing the Rape of Bosnian Women as Gender-Based Persecution», *Brooklyn Law Report*, vol. 60, 1994, págs. 929-958; PRATT, K. M./FLECHER, L. E.: «Time for Justice: The Case for International Prosecutions of Rape and Gender-Based Violence in the Former Yugoslavia», *Berkeley Women's Law Journal*, vol. 9, 1994, págs. 77-102; THOMAS, D. Q./RALPH, R. E.: «Rape in War: Challenging the Tradition of Impunity», *SAIS Review*, 1994, págs. 81-99; TOMPKINS, T.: «Prosecuting Rape as a War Crime:

tario de las disposiciones relativas a las cuestiones de género en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional con referencias puntuales a la mencionada jurisprudencia<sup>8</sup>. En este estudio se han

---

Speaking the Unspeakable», *Notre Dame Law Review*, vol. 70, 1995, págs. 845-890; WALKER, W. M.: «Making Rapists Pay: Lessons from the Bosnian Civil War», *St John's Journal of Legal Commentary*, vol. 12, 1997, págs. 449-476; VISEUR SELLERS, P./OKUIZUMI, K.: «International Prosecution of Sexual Assaults», *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 7, 1997, págs. 45-80.

En cuanto a las aportaciones realizadas respecto del procedimiento y el en ámbito del Derecho procesal: ASKIN, K. D.: *War Crimes against Women*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1997, págs. 303-306; FALVEY, J. L.: «United Nations Justice or Military Justice: Which is the Oxymoron? An Analysis of the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for the Former Yugoslavia», *Fordham International Law Journal*, vol. 19, n.º 2, 1995, págs. 474-528; FITZGERALD, K.: «Problems of Prosecution and Adjudication of Rape and other Sexual Assaults under International Law», *E.J.I.L.*, vol. 8, n.º 4, 1997, págs. 638-663; GREEN, J./COPELON, R./COTTER, P./STEPHENS, B.: «Affecting the Rules for the Prosecution of Rape and Other Gender-Based Violence Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Feminist Proposal and Critique», *Hastings Women's Law Journal*, vol. 5, n.º 2, 1994, págs. 171-241; NIARCHOS, C. N.: «Women, War, and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia», *H.R.Q.*, vol. 17, n.º 4, 1995, págs. 649-690, en particular págs. 684-689; VISEUR SELLERS, P./OKUIZUMI, K.: «International Prosecution of Sexual Assaults», *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 7, 1997, págs. 45-80, en particular págs. 50-54. Un estudio comparativo del tratamiento de estas cuestiones en los sistemas nacionales de justicia penal en el Informe de la Relatora Especial, Sra. Radhika Coomaraswamy, sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Doc. N.U. E/CN.4/1997/47, 12 de febrero de 1997, párrafos 36-40.

<sup>8</sup> BEDONT, B.: «Gender Specific Provisions in the Statute of the International Criminal Court», *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, LATTANZI, F./SCHABAS, W. A. (eds.): *Il Sirente*, págs. 183-210; ERB, N. E.: «Gender-Based Crimes Under the Draft Statute for the Permanent International Criminal Court», *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 29, 1998, págs. 355-435; KOENING, D./ASKIN, K.: «International Criminal Law and the International Criminal Court Statute: Crimes Against Women», *Women and International Human Rights Law*, vol. 2; KOENING, D./ASKIN, K. (eds.): *Transnational*, Ardsley, N.Y., 2000; OPPENHEIM, J.: «The International Criminal Court and the Prosecution of Serious International Crimes Against Women», *Global Journal of Human Rights Law*, 1998, págs. 29-69; STEAINS, C.: «Gender Issues», *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, LEE, R. S. (ed.): *Kluwer Law International*, The Hague/Boston/London, 1999, págs. 357-390.

tratado de combinar ambos enfoques con el propósito de ofrecer una visión más general del desarrollo progresivo, en Derecho Internacional, de la *prohibición y criminalización de las violencias sexuales contra mujeres civiles en conflictos armados*.

## II. LA PROHIBICIÓN DE LA VIOLACIÓN Y OTRAS VIOLENCIAS SEXUALES CONTRA MUJERES CIVILES EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO

2. Son tres las categorías de normas internacionales con relevancia en la prohibición de las agresiones sexuales contra mujeres civiles en conflictos armados: (i) el Derecho Internacional convencional y consuetudinario de los Derechos Humanos, en particular, las normas relativas a la protección del derecho a la integridad física y la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, integrada en el bloque normativo del *ius cogens* internacional en materia de derechos humanos<sup>9</sup>; (ii) el Derecho Internacional

---

<sup>9</sup> Como afirmaba en este sentido la Sala de Primera Instancia del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia: «No international human rights instrument specifically prohibits rape or other serious sexual assaults. Nevertheless, these offences are implicitly prohibited by the provisions safeguarding physical integrity, which are contained in all of the relevant international treaties. The right to physical integrity is a fundamental one, and is undeniably part of customary international law. In certain circumstances, however, rape can amount to torture and has been found by international judicial bodies to constitute a violation of the norm prohibiting torture [...]» (*Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T 10, 19 December 1998, párrafos 170-171).

Los instrumentos convencionales que ofrecen indicios de la prohibición de las agresiones sexuales en Derecho Internacional consuetudinario son tanto instrumentos generales como especiales en materia de no discriminación, tortura, esclavitud, trata de personas y explotación de la prostitución ajena. En concreto, pueden mencionarse los siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos, Nueva York, 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966; Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Nueva York, 21 de diciembre de 1965; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Nueva York, 18 de diciembre de 1978; Convención contra la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nueva York, 10 de diciembre de 1984; Convención sobre la Esclavitud, Ginebra, 25 de septiembre de 1926; Protocolo para modificar la Convención

Humanitario, convencional y consuetudinario, en sentido estricto<sup>10</sup>; y (iii) el Derecho convencional y consuetudinario relativo a los crímenes de lesa humanidad y al crimen de genocidio<sup>11</sup>.

## 1. APROXIMACIÓN HISTÓRICA

3. De las violencias sexuales que padecen las mujeres en conexión con los incidentes de la guerra dan cuenta ya los primeros escritos de griegos, romanos y hebreos. Como es sabido, las mujeres de la antigüedad fueron consideradas, junto con las tierras y demás posesiones del enemigo vencido, parte integrante del botín de guerra. En general, los hombres de un grupo vencido eran sacrificados y las mujeres esclavizadas. Estas esclavas eran utilizadas por los guerreros victoriosos como sirvientas o concubinas<sup>12</sup>.

---

sobre la Esclavitud, firmada, Ginebra, 25 de septiembre de 1926; Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, Ginebra, 7 de septiembre de 1956; Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, Nueva York, 2 de diciembre de 1949.

<sup>10</sup> Sobre el concepto de Derecho Internacional Humanitario, SANDOZ, Y./SWINARSKI, Ch./ZIMMERMANN, B.: *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité International de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff, Genève, 1986, pág. xxvii.

<sup>11</sup> Véase la posición mantenida a este respecto por la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad. *Carta de fecha de 24 de mayo de 1994 dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, Doc. N.U. S/1994/674, 27 de mayo de 1994, Anexo, párrafo 107.

<sup>12</sup> ANDERSON, B. S./ZINSSER, J. P.: *Historia de las mujeres: una historia propia*, Crítica, Barcelona, 1991, vol. I, pág. 211.

Ésa es la imagen que proclaman las epopeyas y escritos más significativos del mundo antiguo. Por ejemplo, la acción se desencadena en *La Iliada* después de que Agamenón decidiera tomar a la esclava de Aquiles para sustituir a la suya, rescatada por su padre; ambas mujeres habían sido capturadas en la Guerra de Troya. Cuando el *Antiguo Testamento* describe la victoria de las tribus hebreas sobre los madianitas, en el botín de guerra se cuentan, junto con los castillos y otras posesiones, «de mujeres que no habían compartido lecho de varón, treinta y dos mil almas». En concreto, el *Deuteronomio* dedica varios versículos a regular la cuestión del trato reservado a las mujeres capturadas en la guerra. En ellos, la relación sexual con las cautivas queda condicionada al pre-



Durante la Edad Media, un simple código secular de caballería ampara a la mujer hasta una época en la que algunos monarcas comienzan a regular la conducta seguida en la guerra por sus ejércitos para asegurarse su eficaz servicio. Estas disposiciones, que revistieron la forma de Ordenanzas, se enmarcan «dentro del propósito del poder real de regular la actividad del Estado por encima de los antiguos poderes estamentales y feudales»<sup>13</sup>.

vio matrimonio, prohibiéndose su venta por dinero o su maltrato si después de transcurrido un tiempo resultaren repudiadas. En tal sentido, éste es considerado un libro más humano, pues se aparta del Derecho común antiguo que miraba a tales mujeres como esclavas: «Si entre ellos [los enemigos cautivos] vieres a una mujer hermosa y la deseas, la tomarás por mujer, la introducirás en tu casa, y ella se raerá la cabeza y se cortará las uñas, y quitándose los vestidos de su cautividad quedará en tu casa; llorará a su padre y a su madre por tiempo de un mes, después entrarás a ella y serás su marido y ella será tu mujer. Si después te desagradare, le darás la libertad y no la venderás por dinero ni la maltratarás, pues tú la humillaste».

Los relatos históricos ofrecen, por el contrario, una imagen muy opaca de los abusos sexuales que cometen los soldados y mercenarios durante la batalla, particularmente durante el asalto a ciudades. En los estudios históricos sobre la mujer griega se han ofrecido explicaciones sociológicas a este respecto. En concreto, se considera en ellos cómo la narración de ciertas violencias puede haberse juzgado indecorosa en tanto está referida a mujeres vistas todavía como ciudadanas, y superflua una vez éstas cautivas. Con todo, ha quedado constancia de las numerosas incursiones practicadas con este exclusivo propósito tanto por los romanos como por los jónicos y pelasgiotas. Excepcionalmente, Herodoto cuenta que los persas a su paso por Focea mataron a varias mujeres sometiéndolas a violaciones múltiples (SCHAPS, D.: «The Women in Greece in Wartime», *Classical Philology*, vol. 77, n.º 1, 1982, págs. 193-213).

Existen también manifestaciones muy tempranas de una violencia sexual practicada sistemáticamente con la intención de expresar en un atentado a la pureza del linaje de una comunidad enemiga, o a su misma noción de castidad, la superioridad de un grupo dominante o invasor. Como recuerda Savaté, en una referencia concreta a nuestra Península, las invasiones de los pueblos nórdicos, los pueblos del este y los musulmanes del sur, comportan sistemáticas violaciones en grupo de las cuales fueron víctimas renombradas las comunidades de religiosas (SAVATÉ, F.: «Evolució i expressió de la sexualitat medieval», *Anuario de Estudios Medievales*, vol. 23, 1987, págs. 163-195, pág. 184).

<sup>13</sup> CASASO URBANO, P.: «Visión histórica del Derecho penal militar español», *Comentarios al Código Penal Militar*, en BLECUA FRAGA, R./RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coords.), Civitas, Madrid, 1988, págs. 29-43, en particular pág. 34.

En Inglaterra, las Ordenanzas Militares promulgadas por los reyes Ricardo II y Enrique V durante la Guerra de los Cien Años —en Durham (1385) y Nantes (1419), respectivamente—, prohíben de modo expreso la violación de mujeres, estableciendo como castigo la pena de muerte<sup>14</sup>. Ampliamente ignoradas en la práctica, estas Ordenanzas no extendieron la prohibición al caso de las ciudades tomadas por asedio; el método común de la guerra medieval. Otorgando esta licencia, se pretendía de hecho ofrecer un incentivo al soldado que participa en una lucha extremadamente cruenta<sup>15</sup>.

En Francia, el capitán Díez de Games (1379-1449) prohibió la captura de mujeres casadas o libres. Más tarde, una Ordenanza publicada por el ministro Colligny sancionaba la violencia contra la mujer con la pena capital. Ya a lo largo del siglo XVI, diversos monarcas adoptaron medidas para proteger el honor de las mujeres en las ciudades que aceptaban la rendición<sup>16</sup>.

En nuestro Derecho, aunque las primeras Ordenanzas se adoptaron a comienzos del siglo XVI, no tenemos noticia de la prohibición expresa de las violencias sexuales hasta que en 1768 Carlos III promulgara sus célebres Ordenanzas «para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos». En concreto, el Título X dedicado a los «crímenes militares y comunes y penas que a ellos corresponden» comprendía asistemáticamente entre los delitos comunes conductas como la blasfemia, el juramento execrable por costumbre, el robo de vasos sagrados, la falsificación de moneda, la violencia a mujeres o el crimen nefando<sup>17</sup>.

4. El tema de la violencia contra las mujeres en la guerra interesó naturalmente a los autores de la Escolástica Española del Siglo

---

<sup>14</sup> MERON, T.: «Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War», *A.J.I.L.*, vol. 86, n.º 1, 1992, págs. 1-45, en particular págs. 23-24.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pág. 30.

<sup>16</sup> GREEN, L. C.: «What one may do in combat? Then and now», *Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges Ahead*, DELISSEN, A. J. M./TANJA, G. J. (eds.), Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1991, págs. 269-295, en particular pág. 281; GARDOT, A.: «Le Droit de la Guerre dans l'Oeuvre des Capitains Français du XVI<sup>e</sup> Siècle», *Recueil des Cours*, vol. 72, 1948, en particular pág. 464.

<sup>17</sup> CASADO URBANO, P.: «Visión histórica del Derecho penal militar español», *Comentarios al Código Penal Militar*, págs. 35-36.

XVI. En el contexto de sus teorías sobre la Guerra Justa, estos autores defendieron la idea de que en la guerra sólo es lícita la violencia necesaria para la consecución del bien público, deduciendo del mencionado principio el del respeto debido a los inocentes. Entre los inocentes incluyeron a las mujeres, presumiendo su incapacidad para el manejo de las armas, aunque esto no impide que en sus escritos informen de las prácticas crueles características de los tiempos en que escriben<sup>18</sup>.

Ya en el siglo XVII, Grocio concluye sus reflexiones sobre este punto reconociendo que el castigo de las violaciones de mujeres en la guerra no forma parte del Derecho de todas las naciones, sino tan sólo de algunas de las mejores<sup>19</sup>. Es dudoso, por tanto, que la afir-

---

<sup>18</sup> Así, cuando Francisco de Vitoria se plantea si es lícito el saqueo de una ciudad tomada por asedio, se responde a sí mismo en los siguientes términos: «Esto de suyo no es ilícito si es necesario para el desarrollo de la guerra, para disuadir a los enemigos o para enardecer el espíritu de los soldados [...] Así también es lícito incendiar la ciudad por causas razonables. Más como de este tipo de permisiones se siguen muchas atrocidades y crueldades fuera de toda humanidad que comete la soldadesca sin conciencia, asesinatos y torturas de inocentes, raptos de vírgenes, violación de mujeres, saqueo de templos, por esto es sin duda inicuo entregar al pillaje sin una necesidad y causa grave una ciudad, sobre todo cristiana. Pero si la necesidad lo pide no es ilícito, aunque se pueda prever que los soldados habrán de perpetrar alguna de estas acciones, que por lo demás los capitanes están obligados a prohibir» (VITORIA, F. de: *Relectio posterior de Indiis sive de Iure belli hiapanorum in barbaros*. Traducción en *Relectio de Iure Belli o Paz Dinámica*, PEREÑA, L./ABRIL, V./BACIERO, C./GARCÍA, A./MASEDA, F., Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1981, pág. 193).

<sup>19</sup> «You may read in many places that the raping of women in time of war is permissible, and in many others that it is not permissible. Those who sanction rape have taken into account only the injury done to the person of another, and have judged that it is not inconsistent with the law of war that everything belongs to the enemy should be at the disposition of the victor. A better conclusion has been reached by others, who have taken into consideration not only the injury but the unrestrained lust of the act; also, the fact that such acts do not contribute to safety or to punishment, and should consequently not go unpunished in war any more than in peace. The latter view is the law not of all nations, but of the better ones [...] Among Christians it is right that the view just presented shall be enforced, not only as a part of military discipline, but also as a part of the law of nations; that is, whoever forcibly violates chastity, even in war, should everywhere be subject to punishment» (GROCIO, H.: *De Iure*

mación que por la misma época había realizado Gentili —condenando con firmeza todo atentado al honor de la mujer—, pueda considerarse meramente expresiva de una práctica aceptada<sup>20</sup>. En realidad, parece tratarse de un cambio de principio anticipado por Gentili, que habla incluso de una jurisdicción penal universal para la represión de estos actos<sup>21</sup>.

## **2. LA EVOLUCIÓN DE LA PROHIBICIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA GUERRA Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

5. Entre los siglos XVII a XIX fue práctica común que un cierto número de mujeres acompañara a los ejércitos con la misión de proveer de agua y alimento a los soldados. Otras, más alejadas

---

*Belli Ac Pacis. Libri Tres*, Classics of International Law, translation of the edit of 1646 by KELSEY, F. W./BROWN SCOTT, J. (ed.), Carnegie Endowment for International Peace, Oxford/London, 1925, págs. 656-657).

<sup>20</sup> Ésta ha sido la interpretación de algún autor: «When Gentili wrote that «to violate the honour of women will always be held to be unjust» and supported this view by that of Alexander: «I am not in the habit of warring with prisoners and women», he was merely giving expression to accepted practice» (GREEN, L. C.: «What one may do in combat - Then and now», *Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges Ahead*, DELISSEN, A. J. M./TANJA, G. J. (eds.), Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1989, págs. 269-295, en particular pág. 281).

<sup>21</sup> Escribe en tal sentido: «Further, to violate the honour of women will always be held to be unjust. For although it is not contrary to nature to despoil one whom it is honourable to kill, and although where the law of slavery obtains it is permitted according to the laws of war to sell the enemy together with his wives and children, yet it is not lawful for any captive to be visited with insult [...] In this connexion I make no allowance for retaliation [...]

At some time the enemy will have to render account to them [his victims] for his wrong; he will surely render an account to God, and *he will render it to the rest of the world, if there is no magistrate here to check and punish the injustice of the victor. He will render and account to those sovereigns who wish to observe honourable causes for war and to maintain the common law of nations and of nature*» (GENTILI, A.: *De Iure Belli, Libri Tres*, Classics of International Law, translation of the edit of 1612 by ROLFE, J. C., vol. II, BROWN SCOTT, J. (ed.), Carnegie Endowment for International Peace, Oxford/London, 1933, pág. 257 [cur-siva añadida]).

del frente, cuidaban de los heridos. Durante la I Guerra Mundial las mujeres contribuyeron de un modo más directo al esfuerzo de guerra, aunque fue en el transcurso de la II Guerra Mundial cuando su incorporación a las fuerzas armadas y los movimientos de resistencia se hizo sistemática. A finales de 1943, 450.000 mujeres conformaban el 9,37% de las fuerzas armadas inglesas, y unas 800.000 el 8% de las rusas. En consonancia con estas realidades puede afirmarse que, en un principio, el desarrollo de las protecciones internacionales, generales y específicas, conferidas a la mujer en tiempo de guerra quedó vinculado a una incipiente codificación de los principios relativos a la inmunidad de las personas civiles que venían siendo formulados en los siglos precedentes<sup>22</sup>.

En dos de sus artículos el Código Lieber —promulgado en 1863, durante la guerra civil norteamericana, como código militar para el ejército de la Unión— prohibía expresamente la violación, sancio-

---

<sup>22</sup> En general, sobre la protección de la mujer en Derecho Internacional Humanitario, DE BUSSCHERE, A. G.: «The Humane Treatment of Women in Times of Armed Conflict. Equality and the Law of Humanity», *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. 26, n.º 4, 1987, págs. 576-610; CHINKIN, C.: «Women: The Forgotten Victims of Armed Conflict?», *The Changing Face of Conflict and Efficacy of International Humanitarian Law*, DURHAM/MCCORMACK (eds.), Kluwer Law International, The Hague, 1999; GARDAM, J.: «Gender and Non-Combatant Immunity», *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 3, n.º 2, 1993, págs. 345-370; «A feminist analysis of certain aspects of international humanitarian law», *Australian Y.I.L.*, vol. 12, 1992, págs. 265-278; «The Law of Armed Conflict: A Feminist Perspective», *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, MAHONEY/MAHONEY, Martinus Nijhoff, Netherlands, 1993, págs. 419-436; «La mujer, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario», *R.I.C.R.*, n.º 147, 1998, págs. 453-467; «Women and the Law of Armed Conflict: Why the Silence?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 22, n.º 1, 2000, págs. 148-166; GARDAM, J./CHARLESWORTH, H.: «Protection of Women in Armed Conflict», *Human Rights Quarterly*, vol. 22, n.º 1, 2000, págs. 148-166; KRILL, F.: «La protección de la mujer en Derecho Internacional Humanitario», *R.I.C.R.*, n.º 72, 1985, págs. 347-375; MERCIER, M., «Women and War», *International Review of the Red Cross*, 1995, págs. 10-12; TABORI: «The Status of Women in Humanitarian Law», *International Law at a Time of Perplexity*, Essays in honour of Shabtai Rosenne, DINSTEIN, H. (ed.), Kluwer Law, Dordrecht, 1989, págs. 941-951.

nando esta conducta con la pena capital<sup>23</sup>. Este Código constituyó un primer intento de codificación sistemática del Derecho Internacional consuetudinario de la guerra e influyó notablemente en el posterior proceso de codificación internacional del *ius in bello*, básicamente emprendido en las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907<sup>24</sup>. De este modo, *el Código Lieber impulsó la incorporación de la prohibición de las agresiones sexuales contra la mujer al Derecho Internacional convencional y consuetudinario*.

En concreto, el artículo 46 del Reglamento anejo a la Convención de La Haya N.º IV de 1907 establece que «deben respetarse el honor y los derechos de la familia, la vida de las personas y la propiedad privada, así como las convenciones y prácticas religiosas». En el lenguaje propio de una época que sigue concibiendo los abusos sexuales como atentados contra el honor, es convincente la interpretación de que esta disposición incorpora una prohibición, siquiera implícita, de las violencias sexuales contra la mujer<sup>25</sup>. Como añade Coomaraswamy, según la jurisprudencia ulterior, «la Convención de La Haya forma parte del derecho consuetudinario internacional y [...] las partes en guerra están obligadas por el espíritu de dicha Convención»<sup>26</sup>. Puede pues concluirse lo siguiente:

«The prohibition of rape and serious sexual assault in armed conflict has also evolved in customary international law. It has gradually crystallised out of the express prohibition of rape in article 44 of the Lieber Code and the general provisions contained in article 46

<sup>23</sup> *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)*, 24 April 1863, arts. 44 y 47.

<sup>24</sup> SOLF, W.: «Protection of civilians against the effects of hostilities under customary international law and under Protocol I», *American University Journal of International Law and Politics*, vol. I, 1986, págs. 117-135.

<sup>25</sup> «An implicit prohibition on rape and sexual assault can also be found in article 46 of the 1907 Hague Convention (IV) that provides for the protection of family honour and rights» (*The Prosecutor Versus Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzi also known as «Zenga»*, Case N° IT-96-21-T, 16 November 1998, párrafo 476).

<sup>26</sup> *Informe presentado por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos*, Doc. N.U. E/CN.4/1998/54, 26 de enero de 1998, párrafo 59; *Prosecutor v. Anto Furunzija*, Case N° IT-95-17/1-T 10, 19 December 1998, párrafo 59.

*of the regulations annexed to Hague Convention IV, read in conjunction with the Marten clause laid down in the preamble to that Convention»<sup>27</sup>.*

6. En su evolución posterior, el Derecho Internacional Humanitario introdujo las nociones de conflicto armado internacional e interno, quedando sometidas ambas situaciones a diferentes regímenes. El Derecho convencional aplicable a los conflictos armados internacionales comprende una amplia gama de disposiciones estipuladas en el Convenio IV de La Haya de 1907, los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977. El Derecho convencional aplicable a los conflictos armados internos es relativamente reciente y figura en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional II de 1977 y el artículo 19 de la Convención de La Haya sobre los bienes culturales. En el Derecho aplicable a unas y otras situaciones encontramos prohibiciones, tanto explícitas como implícitas, de las violaciones y otras agresiones sexuales contra mujeres civiles.

Entre las *prohibiciones explícitas*, la primera fue incorporada en el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949 a petición del *Congreso Internacional de Mujeres* y la *Federación Internacional de Abolicionistas* dirigida al Comité Internacional de la Cruz Roja<sup>28</sup>. Este artículo dispone que:

«Las personas protegidas tienen derecho, en cualquier circunstancia, al respeto a su persona, a su honor, a sus derechos familiares, a sus convicciones y prácticas religiosas, a sus hábitos y a sus costumbres. Deberán ser tratadas, en todo momento, con humanidad y especialmente protegidas contra cualquier acto de violencia o intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública.

Las mujeres serán especialmente amparadas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, contra el forzamiento a la prostitución y contra todo atentado a su pudor».

Con la introducción de este precepto se trataba de repudiar la práctica histórica de la violación de mujeres y niñas, denunciando su uso durante la Primera y la Segunda Guerra Mundial no sola-

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, párrafo 168 [cursiva añadida].

<sup>28</sup> *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-A, pág. 821.

mente por los alemanes en los territorios ocupados y por los japoneses durante la toma de Nanking sino también por los Aliados<sup>29</sup>. La referencia a la prostitución forzada es un rechazo a la experiencia de las denominadas *mujeres de solaz*; mujeres y niñas de los países colonizados u ocupados en Asia que pasaron a ser esclavas sexuales de los soldados japoneses en «burdeles militares» organizados al efecto<sup>30</sup>.

El Protocolo Adicional I de 1977 incluye una nueva disposición o protección especial de la mujer en su artículo 76 (1), bajo el título de «medidas en favor de las mujeres y de los niños», al establecer que:

«Las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor».

Los Protocolos Adicionales I y II de 1977 confieren protecciones generales análogas al incluir entre las «garantías fundamentales» en sus artículos 75 (2) (b) y 4 (2) (e), respectivamente, una disposición en la que se declara que están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar:

«[...] los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor».

---

<sup>29</sup> Se sabe, por ejemplo, que los soldados marroquíes del ejército francés protagonizaron un episodio de violaciones masivas en Italia (1943-1944), que los rusos cometieron violaciones a su entrada en Berlín (1945) y que un número limitado de procedimientos contra soldados norteamericanos fueron emprendidos ante las cortes militares nacionales bajo esta acusación. Al respecto, BROWMILLER, S.: *Against Our Will. Men, Women and Rape*, Secker & Warburg, London, 1975.

<sup>30</sup> En la actualidad, muchas de estas mujeres ofrecen testimonio y exigen de las autoridades japonesas una indemnización por los sufrimientos padecidos. Al respecto, *Informe presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, de conformidad con la resolución 1994/ de la Comisión de Derechos Humanos, Informe de la misión enviada a la República Popular Democrática de Corea, la República de Corea y el Japón sobre la cuestión de las esclavas sexuales de los militares en tiempo de guerra*, Doc. N.U. E/CN.4/1996/53/Add.1, 4 de enero de 1996.



«[...] los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor».

En cuanto a las *prohibiciones implícitas*, está admitido que «los actos de agresión sexual contra las mujeres, los hombres y los niños están prohibidos por el derecho internacional humanitario *en disposiciones normativas en que se prohíben los actos de violencia contra la integridad física y la dignidad de la persona*»<sup>31</sup>. En concreto, estas prohibiciones se derivan de ciertas disposiciones que dan contenido al principio del trato humano enunciadas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y, de la misma manera, del artículo 75 (2) (a) del Protocolo Adicional I y el artículo 4 (2) (a) del Protocolo Adicional II, según las interpretaciones desarrolladas por los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda en relación con la categoría de los crímenes de guerra.

Es importante constatar que *todas las disposiciones convencionales pertinentes han pasado a formar parte del Derecho Internacional consuetudinario*. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 gozan indudablemente de este carácter, al igual que el artículo 3 común, como señalara la Corte Internacional de Justicia en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, añadiendo que los principios en él enunciados se corresponden con lo que en 1949 la propia Corte había denominado «consideraciones elementales de humanidad»<sup>32</sup>. En cuanto a las disposiciones del Protocolo Adicional I, aunque en conjunto éste no ha adquirido un carácter consuetudinario, conviene recordar —teniendo en cuenta el carácter consuetudinario de la prohibición de agresiones sexuales ya enunciada en el artículo 46 del Convenio VI de La Haya de 1907 y reiterada explícitamente en el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949 que detenta igualmente este carácter— la afirmación de la Corte Internacional de Justicia en su dictamen *sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, de 8 de junio de 1996, cuando señala que «todos los Estados están obligados en virtud de las disposiciones del Protocolo adicional I, que, cuando se adopta-

<sup>31</sup> Carta de fecha de 24 de mayo de 1994 dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, Doc. N.U. S/1994/674, 27 de mayo de 1994, Anexo, párrafo 103 [cursiva añadida].

<sup>32</sup> *CIJ Recueil*, 1986, pág. 119, párrafos 218 y 225.

ron, eran simplemente la expresión del derecho consuetudinario pre-existente»<sup>33</sup>. Finalmente, la incorporación de normas del Protocolo Adicional II al Derecho Internacional consuetudinario es, en general, una cuestión más compleja e incierta. No obstante, «[m]any provisions of this Protocol can now be regarded as declaratory of existing rules or as having crystallised emerging rules of customary law or else as having been strongly instrumental in their evolution as general principles»<sup>34</sup>. En particular, la Sala de Primera Instancia del Tribunal penal internacional para Ruanda ha concluido en el asunto *Akayesu* con respecto al carácter consuetudinario del artículo 4 de este Protocolo:

«All of the guarantees, as enumerated in Article 4 reaffirm and supplement Common Article 3 and, as discussed above, Common Article 3 being customary in nature, the Chamber is of the opinion that these guarantees did also at the time of the events alleged in the Indictment form part of existing international customary law»<sup>35</sup>.

Puede concluirse, por tanto, que *las violencias sexuales contra mujeres civiles en situaciones de conflicto armado están prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario de carácter convencional y consuetudinario independientemente de la índole y caracterización del conflicto*.

### III. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA VIOLACIÓN Y OTRAS VIOLENCIAS SEXUALES CONTRA MUJERES CIVILES. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

7. Cuestión distinta de la prohibición de las agresiones sexuales contra mujeres civiles en período de conflicto armado es la criminalización de estas conductas por normas internacionales a los fines de la represión penal individual, ya sea por tribunales naciona-

---

<sup>33</sup> Doc. N.U. A/51/218, 1996, pág. 34, párrafo 84.

<sup>34</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case N° IT-94-I-AR72, 2 October 1995, párrafo 117.

<sup>35</sup> *The Prosecutor Versus Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICRT-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 610.

les de conformidad con un principio de jurisdicción universal o, en sede internacional, por tribunales penales internacionales establecidos mediante tratado o en virtud de una decisión del Consejo de Seguridad adoptada con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

El primer precedente en la calificación de las agresiones sexuales como crímenes internacionales que engendran responsabilidad penal individual lo estableció una Comisión creada tras la Primera Guerra Mundial, en una lista de 32 crímenes en la que se incluían la violación y la prostitución forzada como números 5 y 6<sup>36</sup>. Al término de la II Guerra Mundial, el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg no menciona expresamente la violación u otras agresiones sexuales, ni se llegaron a deducir responsabilidades por tales actos, aunque los encargados de formular acusaciones por la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en la Europa del Este y el Oeste ofrecieron al Tribunal ciertas informaciones al respecto: el fiscal francés en relación con el trato dispensado a las internadas judías y arias en los campos de concentración, y el soviético al respecto de la violación masiva de mujeres y niñas por las tropas alemanas en los territorios ocupados de la entonces Unión Soviética<sup>37</sup>. No obstante, ampliando los contenidos del Estatuto de Nuremberg, las Potencias de ocupación de Alemania incluyeron la violación como crimen de lesa humanidad en el artículo II (1) (c) del Reglamento del Consejo de Control N.º 10, que servía de base a la acción de sus tribunales nacionales contra los responsables de crímenes en la propia Alemania<sup>38</sup>. Ante el Tribunal Militar de Tokio, los generales Toyoda y Matsui fueron condenados como responsables de mando por violación de las leyes y costumbres de la guerra durante la toma de Nanking, incluidas violaciones masivas y otras agresiones sexuales. También el Ministro de Asuntos Exteriores, Hirota, fue considerado responsable de estas atrocidades<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> *Commission on the Responsibility of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminary Peace Conference, 29 marz 1919, A.J.I.L., vol. 14, 1920, págs. 95-154.*

<sup>37</sup> *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nüremberg, 1948, vol. 6, págs. 213-214, 405-407, y vol. 7, págs. 440 y 456-457.*

<sup>38</sup> Control Council for Germany, *Official Gazette*, 31 January 1946.

<sup>39</sup> ROELING/UTER (eds.): *The Tokyo Judgement: The International Military Tribunal for the Far East* (1977), vol. I, pág. 385.

## **1. LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES AD HOC PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA Y RUANDA**

8. Los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda han sido establecidos en virtud de las resoluciones 827 (1993), de 25 de mayo, y 955 (1994), de 8 de junio, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como una *medida para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*<sup>40</sup>. Habida cuenta de la magnitud de las violaciones y otros abusos sexuales cometidos contra mujeres civiles en estos conflictos, dichos Tribunales han asumido una responsabilidad histórica en la lucha contra la tradición de impunidad por la comisión de estos crímenes.

### **1.1. Los conceptos de violación y agresión sexual y la determinación del bien jurídico protegido**

9. Entre los problemas enfrentados por los Tribunales penales internacionales *ad hoc* figuraba el concerniente a la *carencia de una definición precisa de la violación y la agresión sexual en los instrumentos internacionales pertinentes*<sup>41</sup>. Será la Sala de Primera Instancia del Tribunal penal internacional para Ruanda la que aborde inicialmente esta cuestión en el asunto *Akayesu*,

«The Tribunal considers that rape is a form of aggression and that the central elements of the crime of rape cannot be captured in a mechanical description of objects and body parts [...] The United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment does not catalogue specific acts in its definition of torture, focusing rather on the con-

---

<sup>40</sup> Véase la argumentación desarrollada por la propia Sala de Apelación sobre la constitucionalidad de estas resoluciones y la ubicación de esta medida en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, párrafos 26-40. En la doctrina, CONDORELLI, L.: «Legalià, legittimità, sfera di competenza dei tribunali penali ad hoc creati dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite», *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Atti del Convegno Roma, 15-16 Dicembre 1995, LATTANZI, F./SCISO E. (eds.), Editoriale scientifica, Napoli, 1996.

<sup>41</sup> *The Prosecutor Versus Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICRT-96-4-T, 2 September 1998, párrafos 596 y 687.

ceptual framework of state-sanctioned violence. The Tribunal finds this approach more useful in the context of international law [...] *The Tribunal defines rape as a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence which includes rape, is considered to be any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence is not limited to physical invasion of the human body and may include acts which do not involve penetration or even physical contact*»<sup>42</sup>.

La Sala de Primera Instancia del Tribunal para la antigua Yugoslavia hizo suyo este concepto en el asunto *Delalic*<sup>43</sup>. Pero sólo más tarde considerará, en el caso *Furundzija*, la necesidad de proceder a una adecuada especificación del tipo mediante un examen de los principios comunes a los principales sistemas de justicia penal del mundo<sup>44</sup>. Tras haber realizado este examen,

«[...] the Trial Chamber finds that the following may be accepted as the objective elements of rape:

- (i) the sexual penetration however slight:
  - (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or
  - (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;
- (ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person»<sup>45</sup>

De este modo, los tribunales penales internacionales han insertado en sus Estatutos un concepto de violación acorde con la tendencia mayoritaria en las legislaciones penales contemporáneas a la ampliación del tipo para abarcar conductas consideradas tradicionalmente como delitos sexuales de menor gravedad. Dado que el principio de

<sup>42</sup> *Ibid.*, párrafos 687 y 688 [cursiva añadida].

<sup>43</sup> *The Prosecutor Versus Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzi also known as «Zenga»*, Case N° IT-96-21-T, 16 November 1998, párrafos 478-479.

<sup>44</sup> *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T 10, 19 December 1998, párrafo 178.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párrafo 185

legalidad es aplicable en relación con la jurisdicción competente, es de destacar la función reconocida por el Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia al principio de la dignidad humana, calificado como la esencia misma del sistema de Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la opción conceptual asumida por éste<sup>46</sup>.

Con diversos argumentos ha podido mantenerse que, si en aplicación de este concepto una persona resultare acusada de violación ante una jurisdicción internacional por actos que ante algunas jurisdicciones nacionales —incluida eventualmente la suya— merecerían otra calificación como agresión sexual, no se estaría contraviniendo el principio general *nullum crimen sine lege*. En primer lugar, porque no se trata de una penalización de conductas que no estuvieran ya penalizadas en el momento de la comisión del crimen. A lo que ha de añadirse, por otro lado, que la determinación de la pena se realiza siempre de acuerdo con la legislación nacional pertinente respecto de la concreta conducta sancionada. De hecho, la única consecuencia negativa que puede deducirse para el responsable será la que se derive del mayor grado de estigmatización social atribuido a las conductas calificadas como violación. Pero incluso este efecto quedaría motivado, pues los Tribunales penales internacionales cono-

---

<sup>46</sup> Argumenta en tal sentido: «It is apparent from our survey of national legislation that, in spite of inevitable discrepancies, most legal systems in the common and civil law worlds consider rape to be the forcible sexual penetration of the human body by the penis or the forcible insertion of any other object into either the vagina or the anus [...] A major discrepancy may, however, be discerned in the criminalisation of forced oral penetration: some States treat it as sexual assault, while it is categorised as rape in other States. Faced with this lack of uniformity, it falls to the Trial Chamber to establish whether and appropriate solution can be reached by resorting to the general principles of international criminal law or, if such principles are for no avail, to the general principles of international law [...] The Trial Chamber holds that the force penetration of the mouth by the male sexual organ constitutes a most humiliating and degrading attack upon human dignity. The essence of the whole corpus of international humanitarian law as well as human rights law lies in the protection of the human dignity of every person, whatever his or her gender. The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very *raison d'être* of international humanitarian law and human rights law [...] It is consonant with this principle that such an extremely serious sexual outrage as forced oral penetration should be classified as rape» (*Ibid.*, párrafos 181-184).

cen en todo caso de una agresión sexual agravada por haberse cometido en período de conflicto armado contra civiles inocentes<sup>47</sup>.

10. Asimismo, los pronunciamientos de estos tribunales inciden en la determinación del *bien jurídico protegido*, corrigiendo la calificación clásica de la violación y otras agresiones sexuales en Derecho Internacional Humanitario como atentados contra el honor<sup>48</sup>. El pronunciamiento más acertado y significativo a este respecto es aquel en el que directamente la Sala de Primera Instancia del Tribunal penal internacional para Ruanda:

«[...] considers the rape of any person to be a despicable act which strikes at the very core of human dignity and physical integrity»<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> *Ibid.*, párrafo 184.

<sup>48</sup> Son significativos a este respecto, los comentarios al artículo 27 del IV Convenio de Ginebra: «The provision is founded on the principles set forth in paragraph 1 on the notion of «respect for the persons», «honour» and «family rights» [...] The Conference listed as examples certain acts constituting an attack on women's honour, and expressly mentions rape, enforced prostitution, i.e. the forcing of a woman into immorality by violence or threats, and any form of indecent assault. These acts are and remain prohibited in all places and in all circumstances, and women, whatever their nationality, race, religious beliefs, age, marital status or social condition have an absolute right to respect for their honour and their modesty, in short, for their dignity as women» (*Commentary: IV Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, International Committee of the Red Cross*, PICTET, J. (Dir.), 1958, pág. 204 [cursiva añadida]). Aunque el lenguaje empleado en los Protocolos es más adecuado, pues se habla ya en el artículo 76 del Protocolo I y 4 del Protocolo II de la dignidad personal, se mantiene una cierta diferenciación entre las agresiones sexuales y los crímenes de naturaleza violenta. Así, se condenan por un lado los atentados a la vida o la integridad física y mental de la persona —arts. 75 (2) (a) del Protocolo I y 4 (2) (a) del Protocolo II— y en una referencia específica aparte los atentados a la dignidad personal, donde se mencionan explícitamente las agresiones sexuales —arts. 75 (2) (b) del Protocolo I y 4 (2) (e) del Protocolo II—. Como añade en su crítica a este respecto NIARCHOS, «[t]hat is not to deny that rape is a violation of dignity: the point is that it is also and it is primarily a physical assault. The failure to recognize the violent nature of rape is one reason that it has been assigned a secondary status in IHL» (NIARCHOS, C. N.: «Women, War, and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia», *H.R.Q.*, vol. 17, n.º 4, 1995, págs. 649-690, en particular págs. 672-676).

<sup>49</sup> *The Prosecutor Versus Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICRT-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 495 [cursiva añadida].

## 1.2. La calificación de la violación y otras formas de agresión sexual como crimen internacional

11. El Estatuto del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia únicamente tipifica expresamente la violación como un crimen de lesa humanidad —artículo 5 (g)—<sup>50</sup>. En el Estatuto del Tribunal penal internacional para Ruanda, se menciona expresamente como crimen contra la humanidad —artículo 3 (g)— y como violación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios junto con otras formas de agresión sexual. En la práctica, sin embargo, nada ha impedido a la Oficina del Fiscal ni a estos Tribunales proceder a la acusación, enjuiciamiento y condena de los presuntos responsables de agresiones sexuales por crímenes de guerra —bajo diferentes calificaciones—, crimen de genocidio y crímenes contra la humanidad, una vez reunidas las condiciones pertinentes<sup>51</sup>.

### 1.2.1. Crímenes de guerra

12. La aplicación de la categoría de los crímenes de guerra presupone necesariamente la existencia de una situación de conflicto armado que dé lugar a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario. En este sentido, la Sala de Apelación del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia ha definido genéricamente la *noción de conflicto armado* y el *ámbito temporal y espacial de apli-*

---

<sup>50</sup> Véase la posición anticipada en tal sentido en el *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*, Doc. N.U. S/25704, 20 mayo 1993, párrafo 48.

<sup>51</sup> Véanse las interpretaciones ya anticipadas a este respecto por la doctrina. BASSIOUNI, M.C.: *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, cit., págs. 555-592; DAWN ASKIN, K.: *War Crimes against Women. Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, págs. 298-379; KUSHALANI, Y.: *Dignity and Honour of Women as Basic and Fundamental Human Rights*, Martinus Nijhoff, Netherlands, 1982, págs. 39-76; MERON, T.: «Rape as a Crime under International Humanitarian Law», *A.J.I.L.*, vol. 87, 1993, págs. 424-428; NIARCHOS, C.N.: «Women, War, and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia», págs. 649-690.



*cación del Derecho Internacional Humanitario*, similarmente amplio en conflictos armados internacionales e internos<sup>52</sup>.

No obstante, la existencia de conflicto armado y la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario no son condiciones suficientes para que pueda afirmarse la concurrencia de un crimen de guerra, ya que es preciso probar el *nexo existente entre la comisión del crimen y el conflicto armado* o, en palabras de la mencionada Sala, «[it] needs to be satisfied that each of the alleged acts was in fact closely related to the hostilities»<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Afirma, en tal sentido: «[...] an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protacted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peacefull settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there» (*The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case N° IT-94-I-AR72, 2 October 1995, párrafo 70).

Matiza aún más esta afirmación, cuando observa: «Certainly, some of the provisions are clearly bound up with the hostilities and the geographical scope of those provisions should be so limited. Others, particularly those relating to the protection of prisoners of war and civilians, are not so limited [...] it is sufficient that the alleged crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict» (*Ibid.*, párrafos 68 y 70 [cursiva añadida]).

<sup>53</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-I-T, 7 de mayo de 1997, párrafo 572. A este respecto, «It would be sufficient to prove that the crime was committed in the course of or as part of the hostilities in, or occupation of, an area controlled by one of the parties. It is not, however, necessary to show that armed conflict was occurring at the exact time and place of the proscribed acts alleged to have occurred, as the Appeals Chamber has indicated, nor is it necessary that the crime alleged takes place during combat, that it be part of a policy or of a practice officially endorsed or tolerated by one of the parties to the conflict, or that the act be in actual furtherance of a policy associated with the conduct of war or in the actual interest of a party to the conflict; the obligations of individuals under international humanitarian law are indepedent and apply without prejudice to any questions of the responsibility of States under international law. The only question, to be determined in the circumstances of each indi-

En cuanto a la determinación de los *potenciales sujetos perpetradores del crimen de guerra*, tal concepto ha quedado definido por la jurisprudencia del Tribunal penal internacional para Ruanda, extendiéndose a los individuos de cualquier rango pertenecientes a las fuerzas armadas bajo mando militar de cualesquiera de las partes beligerantes o a individuos que, como oficiales públicos o agentes o personas que de cualquier modo detenten una autoridad pública o actúen como representantes *de facto* de un Gobierno, hayan sido legítimamente encargados o pueda esperarse que contribuyan al esfuerzo de guerra<sup>54</sup>. Se considera, asimismo, bien establecida la posibilidad de que los civiles puedan ser considerados responsables de la comisión de crímenes de guerra siempre que exista un vínculo o conexión con una Parte en conflicto<sup>55</sup>.

En cuanto a la determinación de las *potenciales víctimas civiles del crimen de guerra*, cabe advertir que el sistema de infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 se aplica únicamente a las ofensas cometidas contra personas o bienes «protegidos», en particular los civiles en poder de una parte en conflicto de la cual no sean nacionales<sup>56</sup>. En este sentido, cabe advertir que la prohibición específica de las agresiones sexuales contra mujeres civiles enunciada en el artículo 27 (2) del IV Convenio de Ginebra de 1949 y la infracción grave por transgresión del mismo sólo concurren *cuando aquel que perpetre el crimen esté vinculado a una de las partes en el conflicto y la víctima a otra parte del conflicto o sea ciudadana de un Estado neutral*.

---

vidual case, is whether the offences were closely related to the armed conflict as a whole» (*Ibid.*, párrafo 573).

<sup>54</sup> *The Prosecutor Versus Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICRT-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 631.

<sup>55</sup> «It is, in fact, well-established, at least since the Tokyo trials, that civilians may be held responsible for violations of international humanitarian law. Hirota, the former Foreign Minister of Japan, was convicted at Tokyo for crimes committed during the rape of Nanking. Other post-World War II trials unequivocally support the imposition of individual criminal liability for war crimes on civilians where they have a link or connection with a Party to the conflict. The principle of holding civilians liable for breaches of the laws of war is, moreover, favored by a consideration of the humanitarian object and purpose of the Geneva Conventions and the Additional Protocols, which is to protect war victims from atrocities» (*Ibid.*, párrafos 631 y 633).

<sup>56</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case N° IT-94-I-AR72, 2 October 1995, párrafo 81.

Por lo demás, son del mayor interés las consideraciones que los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda han introducido sobre el significado del término «civil». El mismo cubre indudablemente a todos los no combatientes en el sentido del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949; esto es, «personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida o detención o por cualquier otra causa»<sup>57</sup>. Esta expresión y la utilizada en el marco del artículo 4 del Protocolo Adicional II —«personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad»— son tan similares, que pueden tratarse como sinónimos<sup>58</sup>. En este sentido, por ejemplo, no cabe dar pábulo a conclusiones precipitadas respecto de *las personas que en un determinado momento hayan portado las armas*<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-I-T, 7 de mayo de 1997, párrafo 637.

A este respecto se afirma: » [...] the class or persons protected by the operation of Common Article 3 is defined negatively. For that reason, the test [...] applied is to ask whether, at the time of the alleged offence, the alleged victim of the proscribed acts was directly taking part in hostilities, being those hostilities in the context of which the alleged offences are said to have been committed. If the answer to that question is negative, the victim will enjoy the protection of the proscriptions contained in Common article 3.

It is unnecessary to define exactly the line dividing those taking an active part in hostilities and those who are not so involved. It is sufficient to examine the relevant facts of each victim and to ascertain whether, in each individual's circumstances that person was actively involved in hostilities at the relevant time» (*The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-I-T, 7 de mayo de 1997, párrafos 615-616).

Ya con respecto a personas que habiendo tomado parte activamente en las hostilidades han resultado capturadas o detenidas: «Whatever their involvement in hostilities prior to that time, each of these classes of persons cannot be said to have been taking an active part in the hostilities. Even if they were members of the armed forces of the Government [...] or otherwise engaging in hostile acts prior to capture, such persons would be considered «members of armed forces» who are «placed hors de combat by detention» (*Ibid.*, párrafo 616).

<sup>58</sup> *The Prosecutor Versus Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICRT-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 629.

<sup>59</sup> Es ilustrativo, a este respecto, el ejemplo proporcionado por la Comisión de Expertos constituida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de

Teniendo en cuenta la creciente incorporación de las mujeres a las fuerzas armadas y su ya reconocida capacidad para el manejo de las armas, es interesante constatar de acuerdo con estas interpretaciones que del artículo 3 común pueden derivarse para ellas importantes protecciones mínimas, con independencia de las que pudieran estarles reconocidas, por ejemplo, como prisioneras de guerra.

En todo caso, como veremos, el hecho determinante a los efectos de este estudio es que, en virtud de las interpretaciones desarrolladas por los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, *un acto de violación o agresión sexual contra mujeres civiles constituye un crimen de guerra tanto en conflictos armados internacionales como internos.*

#### i) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949

**13.** Las infracciones graves son transgresiones importantes y especificadas del Derecho Internacional Humanitario que pueden ser castigadas por cualquier Estado sobre la base de la jurisdicción universal<sup>60</sup>. En conflictos armados internacionales, se enumeran las infracciones graves en el artículo 50 del I Convenio de Ginebra, el artículo 51 del II Convenio de Ginebra, el artículo 130 del III Convenio de Ginebra y el artículo 147 del IV Convenio de Ginebra, así

---

Seguridad. En la antigua Yugoslavia tras los bombardeos de la artillería, la infantería irrumpía en las aldeas en tanto que grupos paramilitares buscaban a los moradores de cada casa. En este contexto: «Un jefe de familia que en esas circunstancias trata de proteger a sus familiares con un arma en las manos no pierde por ello su estatuto de civil. Tal vez lo mismo sea aplicable al único policía o guardia de la defensa local que toma la misma actitud, aunque hayan aunado esfuerzos para tratar de evitar la catástrofe. Es importante tener información de las circunstancias generales para poder interpretar la disposición de forma coherente con su propósito. En esas circunstancias *es posible que la distinción entre una legítima defensa improvisada y una defensa militar real, aunque sutil, sea importante*» (Carta de fecha de 24 de mayo de 1994 dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, Doc. N.U. S/1994/674, 27 de mayo de 1994, Anexo, párrafo 78 [cursiva añadida]; *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-I-T, 7 de mayo de 1997, párrafo 640).

<sup>60</sup> Carta de fecha de 24 de mayo de 1994 dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, Doc. N.U. S/1994/674, 27 de mayo de 1994, Anexo, párrafo 45.

como también en los artículos 11 (4) y 85 del Protocolo Adicional I de 1977. En los instrumentos aplicables en conflictos armados internos —artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional II—, no se hace mención alguna al concepto de infracciones graves ni al principio de jurisdicción universal.

Inspirándose en disposiciones que han adquirido inequívocamente un carácter consuetudinario, el artículo 2 del Estatuto del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia dispone que:

«El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra aplicable: a) homicidio intencional; b) *Tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos*, c) *actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o a la salud*; d) destrucción o apropiación de bienes no justificados por las necesidades militares y llevados a cabo en gran escala y en forma ilícita o arbitraria; e) uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o un civil a prestar servicio en las fuerzas armadas de una potencia enemiga; f) privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de un juicio justo y con las debidas garantías; g) Deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil; h) Toma de civiles como rehenes»<sup>61</sup>.

14. La primera y principal conclusión de la Sala de Apelaciones de este Tribunal respecto de esta categoría de crímenes ha sido la de que, en el presente estadio de desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, el sistema de infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, en el que se basa y del que no puede desvincularse el artículo 2 del Estatuto, sólo se aplica a los crímenes cometidos *en conflictos armados internacionales*<sup>62</sup>. Teniendo en cuenta la com-

---

<sup>61</sup> Cursiva añadida.

<sup>62</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case N° IT-94-I-AR72, 2 October 1995. Un comentario a la misma, en SASSÒLI, M.: «La premiere décision de la chambre d'appel du Tribunal penal international pour l'ex-Yougoslavie: Tadic (competence)», *R.G.D.I.P.*, vol. 22, n.º 1, 1996, págs. 101-134; FENRICK, W. J.: «International Humanitarian Law and Criminal Trials», *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 7, 1997, págs. 23-43; QUEL LÓPEZ, J.: «Reflexiones sobre la

plejidad del conflicto en la antigua Yugoslavia y la evolución del mismo, se impone la determinación por parte de este Tribunal, en cada caso, de la naturaleza del conflicto en el momento en que los crímenes juzgados se producen.

Se ha excluido así la posibilidad de extender el sistema de *infracciones graves* contemplado en las Convenciones de Ginebra de 1949 a conflictos armados internos para enjuiciar las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario aplicable a estos conflictos, ya sea en virtud de normas de Derecho Internacional consuetudinario u obligaciones asumidas por las partes en virtud de los acuerdos facultativos previstos en el artículo 3 común. No obstante la Sala de Apelación ha admitido la posibilidad de enjuiciar estos crímenes de guerra, que califica como *otras violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario*, en virtud del artículo 3 del Estatuto. De este modo, el enfoque conservador adoptado en la lectura del artículo 2 del Estatuto contrasta y se complementa —en una interpretación sistemática del mismo— con la lectura progresista del artículo 3, en la que el Tribunal ha introducido importantes reflexiones sobre la *evolución del Derecho Internacional consuetudinario aplicable en conflictos armados internos* y sobre la *criminalización de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario en tales conflictos*<sup>63</sup>. La línea de argumentación que ha asumido la Sala en la interpretación del artículo 2 del Estatuto ha sido, no obstante, criticada por alguno de sus miembros; entre ellos, el juez Abi-Saab<sup>64</sup>.

**15.** Al respecto de la determinación de las conductas incluidas en esta categoría de crímenes, la jurisprudencia del Tribunal penal

---

contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario», *A.D.I.*, vol. XIII, 1997, págs. 467-523.

<sup>63</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case N° IT-94-I-AR7, 2 October 1995, párrafos 96-137. En la doctrina, MERON, T.: «War crimes in Yugoslavia and the development of international law», *A.J.I.L.*, vol. 88, 1994, págs. 78-87; «International criminalization of internal atrocities», *A.J.I.L.*, vol. 89, 1995, págs. 554-577.

<sup>64</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case N° IT-94-I-AR72, 2 October 1995, *Separate Opinion of Judge Abi-Saab on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*.

internacional se ha mostrado concordante con la opinión de la doctrina favorable a la *calificación de la violación y otras agresiones sexuales como «tortura», «tratos inhumanos» o «actos deliberado que causen graves padecimientos o graves daños a la integridad física o a la salud»*, en virtud de los apartados b) y c) de este artículo<sup>65</sup>. La misma posición había sido anticipada por la Comisión de Expertos constituida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad<sup>66</sup> y de forma más limitada por el CICR.

En cuanto a la calificación de la violación como tortura, considera a este respecto la Sala de Apelación, los pronunciamientos de otros órganos judiciales o cuasijudiciales internacionales en la materia. En particular, la posición de la Comisión Interamericana de

---

<sup>65</sup> AYDELOTT, D.: «Mass Rape During War: Prosecuting Bosnian Rapists Under International Law», *Emory International Law Review*, vol. 7, 1993, págs. 585-631, en particular págs. 606-624; BASSIOUNI, M. C.: *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, págs. 555-592; COPELON, R.: «Surfacing Gender: Re-Engraving Crimes Against Women in Humanitarian Law» *Hastings Women's Law Journal*, vol. 5, n.º 2, 1994, págs. 243-265, en particular págs. 248-257; DAWN ASKIN, K.: *War Crimes against Women. Prosecution in International War Crimes Tribunals*, págs. 298-379; GARDAM, J.: «Women and the Law of Armed Conflict: Why the Silence?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 1997, págs. 55-80, en particular págs. 75-77; KUSHALANI, Y.: *Dignity and Honour of Women as Basic and Fundamental Human Rights*, págs. 39-76; MERON, T.: «Rape as a Crime under International Humanitarian Law», *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, págs. 424-428; NIARCHOS, C. N.: «Women, War, and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia», págs. 649-690; PRATT, K. M./FLETCHER, L. E.: «Time for Justice: The Case for International prosecution of Rape and Gender-Based Violence in the Former Yugoslavia», *Berkeley Women's Law Journal*, vol. 9, 1994, págs. 77-102, en particular, págs. 90-102; STIGLMAYER, A.: «The Rapes in Bosnia-Herzegovina», *Mass Rape: The War Against Woman in Bosnia and Herzegovina*, STIGLMAYER, A. (ed.), University of Nebraska Press, London, 1994.

<sup>66</sup> «La Comisión considera que el artículo 147 [del IV Convenio de Ginebra] sobre violaciones graves, abarca la violaciones y otras agresiones sexuales por constituir éstas tortura o tratos inhumanos y que esos crímenes están prohibidos también porque figuran entre los actos que causan intencionalmente grandes sufrimientos o atentan gravemente contra la integridad física o la salud» (*Carta de fecha de 24 de mayo de 1994 dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, Doc. N.U. S/1994/674, 27 de mayo de 1994, Anexo, párrafo 105).

Derechos Humanos en el asunto *Fernando y Raquel Mejía v. Perú*<sup>67</sup> y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Aydin v. Turkey*. Asimismo, las interpretaciones desarrolladas en los informes de la Comisión de Expertos establecida de conformidad con la resolución 780 (1992), de 6 de octubre, del Consejo de Seguridad y de los Relatores Especiales sobre la tortura<sup>68</sup> y sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, la violación sistemática, la esclavitud sexual y otras prácticas análogas en conflictos armados<sup>69</sup>. Sorprende, que haya obviado los informes de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y sus consecuencias, quien justificó su apoyo a la calificación de la violación como tortura en diversas actas de acusación de la Oficina del Fiscal antes de que los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda dieran a conocer sus decisiones sobre este punto<sup>70</sup>.

De esta jurisprudencia se deduce claramente que en la violación concurren los cuatro elementos que definen la tortura a los efectos de la aplicación de los artículos 2 y 3 del Estatuto:

«[...] the elements of torture, for the purposes of applying Articles 2 and 3 of the Statute, may be enumerated as follows:

- (i) There must be an act or omission that causes severe pain or suffering, whether mental or physical,

---

<sup>67</sup> Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Report N° 10.970, 1 de marzo de 1996.

<sup>68</sup> Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. N.U. E/CN.4/1995/34, 12 de enero de 1995, párrafo 16.

<sup>69</sup> Formas contemporáneas de esclavitud: la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado. Informe final presentado por la Sra. Gay J.M. Mc Dougall, Relatora Especial, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, párrafo 55.

<sup>70</sup> Otros criterios y medios que ofrece el sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe presentado por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión, Doc. N.U. E/CN.4/1998/54, 26 de enero de 1998, párrafos 16, 64-114. Véanse, asimismo, las observaciones de esta Relatora sobre la sexualización de la tortura como elemento particularizado en la violencia contra las mujeres bajo custodia o detenidas (*Ibid.*, párrafos 129-131).



- (ii) which is inflicted intencionalmente
- (iii) and for such purposes as obtaining information or a confession from the victim, or a third person, punishing the victim for an act he or she or a third person has committed or is suspected of having committed, intimidating or coercing the victim or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind,
- (iv) and such act or omission being committed by, or at the instigation of, or with the consent or acquiescence of, an official or other person acting in an official capacity»<sup>71</sup>

De este modo, *en la tipificación de los crímenes de guerra se acoge una interpretación dinámica del concepto de tortura acorde con la definición ofrecida del mismo en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se considera representativa del Derecho Internacional consuetudinario*. En efecto, si en el momento de redactarse las Convenciones de Ginebra de 1949 la tortura se concebía como un método para la obtención de confesiones o información<sup>72</sup>, en los comentarios a los Protocolos Adicionales I y II de 1977 se habla ya de un principio de creciente importancia para la comunidad internacional que está siendo objeto de desarrollos<sup>73</sup>. En concreto, el propósito secundario o subyacente a los actos de tortura se diversifica para extenderse a los efectos del castigo, la intimidación o coacción y la discriminación<sup>74</sup>. Los tribunales penales internacionales han acogido un concepto amplio de la tortura en este sentido, y atribui-

---

<sup>71</sup> *The Prosecutor Versus Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICRT-96-4-T, 2 septembre 1998, párrafo 594. Véase el análisis que la Sala de Apelaciones introduce de cada uno de estos elementos en la sentencia *Celebici* (*The The Prosecutor Versus Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzi also known as «Zenga»*, Case N° IT-96-21-T, 16 November 1998, párrafos 452-474).

<sup>72</sup> *Commentary: IV Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, pág. 598.

<sup>73</sup> *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, cit., págs. 897 y 1397-1398, párrafos 3042-3044 y 4533.

<sup>74</sup> Artículo 1 (1) de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, firmado en Nueva York el 10 de diciembre de 1984; Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

do al mencionado propósito secundario —para el caso de la violación— *un carácter objetivo en las situaciones de conflicto armado*»<sup>75</sup>.

En lo atinente al concepto de *actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o a la salud*, teniendo en cuenta las observaciones contenidas en los comentarios a las Convenciones de Ginebra<sup>76</sup>, éstos se definen como

«[...] an act or omission that is intentional, being an act which, judged objectively, is deliberate and not accidental, which causes serious mental or physical suffering or injury»<sup>77</sup>.

En términos análogos, aunque sensiblemente más amplios, se establece el concepto de *tratos inhumanos*, definidos como

«[...] an act or omission that is intentional, being an act which, judged objectively, is deliberate and not accidental, which causes serious mental or physical suffering or injury or constitutes a serious attack on human dignity»<sup>78</sup>.

Un examen del significado atribuible a la noción de *tratos inhumanos* en el contexto de las Convenciones de Ginebra, en relación con el concepto de «*actos inhumanos*» incluido en el artículo 5 del Estatuto en la categoría de *crímenes contra la humanidad*, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y las interpretaciones ofrecidas por el Comité de Derechos Humanos del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>79</sup>, sirven para identi-

---

<sup>75</sup> Se considera en este sentido que: «[...] it is difficult to envisage circumstances in which rape, by or at the instigation of a public official, or with the consent or acquiescence of an official, could be considered as occurring for a purpose that does not, in some way, involve punishment, coercion, discrimination or intimidation. In the view of this Trial Chamber *this is inherent in situations of armed conflict*» (*The Prosecutor Versus Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzi also known as «Zenga», Case N° IT-96-21-T, 16 November 1998, párrafo 495 [cursiva añadida]*).

<sup>76</sup> *Commentary: IV Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, International Committee of the Red Cross*, pág. 599.

<sup>77</sup> *Ibid.*, párrafo 511.

<sup>78</sup> *Ibid.*, párrafo 543 [cursiva añadida].

<sup>79</sup> *Ibid.*, párrafos 519-538.

car los perfiles de un concepto que sólo puede ser definido *en términos relativos*<sup>80</sup>, presentándose la calificación de un acto como trato inhumano como *una cuestión de hecho a juzgar teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso particular*<sup>81</sup>. En el supuesto de las agresiones sexuales el riesgo del relativismo está excluido, pues el artículo 27 de la IV Convención de Ginebra es una de las disposiciones que, como se indica en los comentarios a la misma, ofrece ejemplos de actos incompatibles con el principio del trato humano, incluyendo una referencia explícita a los atentados contra el honor de la mujer, en particular, la violación, la prostitución forzada y cualquier atentado a su pudor<sup>82</sup>.

La Sala de Primera Instancia del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, ha establecido en términos generales la relación que existe entre los tres conceptos mencionados de la siguiente manera:

«The offence of wilfully causing great suffering or serious injury to body or health is distinguished from torture primarily on the basis that alleged acts or omissions need not be committed for a prohibited purpose such as is required for the offence of torture. Finally, within this framework of grave breach offences, inhuman treatment involves acts or omissions that cause serious mental or physical suffering or injury or constitute a serious attack on human dignity. Accordingly, all acts or omissions found to constitute torture or wilfully causing great suffering or serious injury to body or health would also constitute inhuman treatment. However, this third category of offence is not limited to those acts already incorporated in the foregoing two, and extends further to acts which violate the basic principle of humane treatment, particularly the respect for human dignity»<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> *Ibid.*, párrafo 542.

<sup>81</sup> *Ibid.*, párrafo 544.

<sup>82</sup> *Commentary: IV Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, International Committee of the Red Cross*, cit., pág. 598; *The Prosecutor Versus Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzi also known as «Zenga»*, Case N° IT-96-21-T, 16 November 1998, párrafo 519.

<sup>83</sup> *The Prosecutor Versus Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzi also known as «Zenga»*, Case N° IT-96-21-T, 16 November 1998, párrafo 442.

16. Finalmente, conviene recordar que el sistema de infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 sólo se aplica a las personas o bienes «protegidos» en dichos Convenios, en particular los civiles en poder de una parte en conflicto de la cual no sean nacionales<sup>84</sup>. La expresión «en poder de una parte en conflicto» debe interpretarse abstractamente y no de forma rígida, pues «it simply means that the person is in the territory under the Power in question»<sup>85</sup>. Por lo demás, en cuanto al factor de nacionalidad, el problema planteado en el caso de la antigua Yugoslavia ha consistido en determinar si —y a partir de qué momento en el desarrollo del conflicto— los actos de miembros de las fuerzas armadas de la República Sparska, aunque cometidos por nacionales de la República de Bosnia y Herzegovina, podían ser imputados a la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) en la medida en que éstos hubieran actuado como órganos o agentes *de facto* de dicha República. Al no haber quedado para la Sala de Primera Instancia bien establecida esta relación<sup>86</sup> no se consideró, por ejemplo, a Tadic culpable de los cargos presentados contra él en virtud del artículo 2 del Estatuto, entre los que se incluían cargos por agresiones sexuales<sup>87</sup>. Sin embargo, la Sala de Apelación ha determinado posteriormente que dicha conclusión fue errónea y ha declarado a Tadic culpable de infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario<sup>88</sup>.

ii) Violaciones de las leyes y usos de la guerra

17. Aglutinando una serie de conductas enumeradas en disposiciones de la IV Convención de La Haya de 1907 y su Reglamento

---

<sup>84</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case N° IT-94-I-AR72, 2 October 1995, párrafo 81; *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-I-T, 7 de mayo de 1997, párrafo 559.

<sup>85</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-I-T, 7 de mayo de 1997, párrafo 579; *Commentary: IV Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, pág. 47.

<sup>86</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-I-T, 7 de mayo de 1997, párrafos 584-608; *Separate and dissenting opinion on Judge McDonald regarding the applicability of article 2 of the Statute*.

<sup>87</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-I, 7 de mayo de 1997, párrafo 608.

<sup>88</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-I, 15 de julio de 1999, párrafo 68-171.

anexo que el Tribunal de Nuremberg consideró declaratorias de las leyes y usos de la guerra y que se consagran en parte en los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977, el artículo 3 del Estatuto del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia dispone que:

«El Tribunal internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra. Dichas violaciones comprenderán lo siguiente, *sin que la lista sea exhaustiva*: a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios; b) La destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares; c) Los ataques o bombardeos por cualquier medio de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos; d) La apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto, la beneficencia, la educación o las artes y las ciencias, monumentos históricos u obras de arte y científicas o los daños deliberados a éstos; e) El pillaje de bienes públicos o privados»<sup>89</sup>.

Según la interpretación desarrollada por el propio Tribunal, el artículo 3 tiene un alcance muy amplio y se incluye en el Estatuto como *cláusula general o residual* extensible a cualquier violación grave de las normas de Derecho Internacional Humanitario no incluida en las otras disposiciones del Estatuto. En concreto:

«It can be held that Article 3 is a general clause covering all violations of humanitarian law not falling under Article 2 or covered by Articles 4 or 5, more specifically: (i) violations of the Hague law on international conflicts; (ii) infringements of provisions of the Geneva Conventions other than those classified as «grave breaches» by those conventions; (iii) violations of common Article 3 and other customary rules on internal conflicts; (iv) violations of agreements binding upon the parties to the conflict, considered qua treaty law, i.e., agreements which have not turned into customary international law»<sup>90</sup>.

La Oficina del Fiscal utiliza consecuentemente el artículo 3 de manera cumulativa o alternativa con otras calificaciones que cubrirían los mismos hechos. En particular, tratándose de personas civi-

---

<sup>89</sup> Cursiva añadida.

<sup>90</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case N° IT-94-I-AR72, 2 October 1995, párrafo 89.

les, el artículo 3 asegura una base acusatoria suficiente con independencia de la naturaleza que formalmente se reconozca al conflicto en que se inscribe esa concreta conducta —en relación con los tipos del artículo 2 del Estatuto— o de la amplitud y sistematicidad de los ataques contra los no combatientes —en relación con los tipos del artículo 5 del Estatuto—<sup>91</sup>.

En cuanto a la naturaleza de las conductas enumeradas de forma abierta en el artículo 3, la indeterminación de tipos conlleva la necesidad de fijar unas condiciones mínimas para considerar una violación grave del Derecho Internacional Humanitario como comprendida en la competencia prevista en el mismo. Tales condiciones serían, a juicio del Tribunal, las cuatro siguientes:

- «(i) The violation must constitute an infringement of a rule of international humanitarian law.
- (ii) The rule must be customary in nature or, if it belongs to treaty law, the required conditions must be met.
- (iii) The violation must be serious, that it to say it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences to the victim.
- (iv) The violation of the rule entail, under customary or conventional law, the individual criminal responsibility of the person breaching the rule»<sup>92</sup>.

Esta disposición del Estatuto se ha aplicado en relación con las agresiones sexuales en los casos *Tadic*<sup>93</sup>, *Furundzija*<sup>94</sup> o en la conocida como sentencia *Celebici*<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> QUEL LÓPEZ, J.: «Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario», cit., pág. 483.

<sup>92</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-I, 15 de julio de 1999, párrafo 81.

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T 10, 19 December 1998.

<sup>95</sup> *The Prosecutor Versus Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzi also known as «Zenga»*, Case N° IT-96-21-T, 16 November 1998.

iii) Violaciones del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios

18. En virtud del artículo 4 de su Estatuto:

«El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados y del Protocolo Adicional II de los Convenios, de 8 de junio de 1977. Dichas violaciones comprenderán los actos siguientes sin que la lista sea exhaustiva: a) Los actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y *el trato cruel como la tortura*, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal; b) Los castigos selectivos; c) La toma de rehenes; d) Los actos de terrorismo; e) *Los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente*; f) El saqueo; g) La aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin un fallo previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados; h) *Las amenazas de perpetración de cualesquiera de los actos precedentes*»<sup>96</sup>.

La atribución de una competencia material expresa para enjuiciar las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II, aplicables a los conflictos armados internos, fue calificada por la doctrina como la primordial innovación que, desde un punto de vista sustantivo, introducía el Estatuto del Tribunal penal internacional para Ruanda. Esta innovación fue acogida con recelos ante una «posible lesión del principio de legalidad en su aspecto de garantía criminal»<sup>97</sup>. Sin embargo, la propia jurisprudencia del Tribunal ha ido excluyendo las dudas iniciales a este respecto, que concernían básicamente a dos aspectos.

De una parte, al adoptar este Estatuto, el Consejo de Seguridad de las Naciones asumía un enfoque ampliado en la determinación del

---

<sup>96</sup> Cursiva añadida.

<sup>97</sup> PIGNATELLI Y MECA, F.: «El Tribunal penal internacional para Ruanda», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 65, enero-junio 1995, págs. 389-422, en particular págs. 408-409.

Derecho Internacional Humanitario aplicable y, cambiando la posición de principio mantenida en la elaboración del Estatuto del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, incluía en la competencia material del Tribunal las violaciones de normas contenidas en el Protocolo Adicional II, *que no ha adquirido plenamente el carácter de Derecho Internacional consuetudinario*. En su primera sentencia —relativa al asunto *Akayesu*—, el propio Tribunal ha rechazado cualquier interpretación de la referencia al Protocolo Adicional II «as a mere expansive enunciation of a *ratione materiae* which has been pre-determined by the Security Council»<sup>98</sup> y actuado con diligencia al considerarse obligado a determinar el carácter consuetudinario de las normas que estaba aplicando. En tal sentido, aceptado el hecho de que el Protocolo Adicional II no ha adquirido íntegramente tal carácter, constata que sí lo ha adquirido aquella disposición del mismo que se considera relevante en el contexto del Estatuto; esto es, el artículo 4 (2) relativo a las «garantías fundamentales»<sup>99</sup>.

También, cuando un mismo cargo es formulado simultáneamente sobre la base del artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, ha estimado necesario y razonable establecer la aplicabilidad de uno y otro *autónomamente*, de acuerdo con las respectivas condiciones predeterminadas en Derecho Internacional Humanitario<sup>100</sup>.

Por otro lado, de la lectura del artículo 3 del Estatuto se derivaba una admisión innovadora del principio de *responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de guerra en conflictos armados internos*. A este respecto, la Sala de Primera Instancia del Tribunal penal internacional para Ruanda ha reconocido que no bastaba con constatar que el artículo 3 común y el artículo 4 del Protocolo Adicional II formaban parte del Derecho Internacional consuetudinario,

«[...] it must also be shown that an individual committing serious violations of these customary norms incurs, as a matter of custom, individual criminal responsibility thereby. Otherwise, it might be

---

<sup>98</sup> *Ibid.*, párrafo 606.

<sup>99</sup> *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 610.

<sup>100</sup> *Ibid.*, párrafo 603.



argued that these instruments only state norms applicable to States and Parties to a conflict, and that they do not create crimes for which individuals may be tried»<sup>101</sup>.

Paradójicamente, el Tribunal penal internacional para Ruanda se ha servido en la práctica, sobre este punto, de las conclusiones de la Sala de Apelación en el asunto *Tadic* sobre la criminalización de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario en conflictos armados internos introducidas en la interpretación del artículo 3 del Estatuto del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, y argumentado al respecto:

«The Chamber considers this finding of the ICTY Appeals Chamber convincing and dispositive of the issue, both with respect to serious violations of Common Article 3 and of Additional Protocol I»<sup>102</sup>.

Esta disposición del Estatuto fue aplicada al enjuiciamiento de agresiones sexuales en el asunto *Akayesu*, quien fue, no obstante, eximido de estos cargos por no entenderse probado el necesario *nexo entre la comisión del crimen y el conflicto armado*<sup>103</sup>.

### 1.2.2. Crimen de genocidio

19. La definición de genocidio que incorporan los Estatutos reproduce literalmente la establecida en los artículos 2 y 3 de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, hecha en Nueva York el 9 de diciembre de 1998. Se considera que este concepto forma inequívocamente parte del Derecho Internacional consuetudinario<sup>104</sup>. En virtud de los artículos 4 y 2 de sus Estatutos, respectivamente, los Tribunales penales internacionales para la antigua y Yugoslavia y Ruanda tendrán competencia:

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, párrafo 611.

<sup>102</sup> *Ibid.*, párrafo 615.

<sup>103</sup> *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 643.

<sup>104</sup> *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*, Doc. N.U. S/25704, 20 mayo 1993; *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 495.

«[...] para enjuiciar a las personas que cometan los actos de genocidio definidos en el párrafo 2 de este artículo o cualesquiera de los demás actos enumerados en el párrafo 3 de este artículo:

2. Por genocidio se entenderá cualquiera de los actos que se enumeran a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) *Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo*; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; d) *Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo*; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo;

3. Serán punibles los actos siguientes: El genocidio; La conspiración para cometer genocidio; La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio»<sup>105</sup>.

Al ejercer esta competencia material los tribunales penales internacionales han debido determinar la naturaleza de los actos contemplados, el concepto de grupos protegidos por la Convención<sup>106</sup> y la exigencia relativa al *dolus specialis*, en el sentido de que los actos en cuestión fueran cometidos «con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal»<sup>107</sup>.

**20.** Las agresiones sexuales se incluyen entre los actos contemplados como genocidio, pues es indudable que se han utilizado con

---

<sup>105</sup> Cursiva añadida.

<sup>106</sup> Se planteaba la duda de si la protección se limita a los cuatro grupos mencionados en el artículo 2 de la Convención y en los Estatutos. A este respecto, «In the opinion of the Chamber, it is particularly important to respect the intention of the drafters of the Genocide Convention, which according to the *travaux préparatoires*, was patently to ensure the protection of any stable and permanent group» (*Ibid.*, párrafos 507-508 [cursiva añadida]).

<sup>107</sup> Siendo éste inequívocamente un elemento del tipo de difícil prueba, la preocupación de los tribunales penales internacionales se ha centrado en la determinación de los datos y circunstancias que permitirían inferir su concurrencia. *Decision of Trial Chamber 1, Radovan Karadzic, Ratko Mladic case* (Cases N.º IT-95-5-R61 and IT-95-18-R61), *Consideration on the Indictment within the framework of Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, párrafos 94-95; *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case N.º ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafos 499 y 523.

esta intención en ambos conflictos, si bien las agresiones sexuales se han revelado como una técnica especialmente destructiva del grupo familiar en las comunidades bosnio-musulmanas. En cuanto a su concreta calificación, la agresión sexual se ha enmarcado en el concepto de *lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo*<sup>108</sup>, concepto que no implica necesariamente un daño permanente e irreparable<sup>109</sup> y respecto del cual, la Sala de Primera Instancia del Tribunal penal internacional para Ruanda:

«[...] takes serious bodily or mental harm, without limiting itself thereto, to mean acts of torture, be they bodily or mental, inhumane or degrading treatment, persecution»<sup>110</sup>.

Asimismo, esta Sala ofrece una importante contribución a la tipificación de conductas que han tenido lugar en el contexto del conflicto en la antigua Yugoslavia, en relación con el denominado embarazo forzado, consistente en la organización de campos de internamiento donde se practicaba la violación y se realizaban exámenes ginecológicos para segregar a las embarazadas y mantenerlas retenidas hasta hacerse impracticable el aborto. Se ha recurrido para ello al tipo del artículo 2 (2) (d), relativo a la *imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo*, conforme a la siguiente interpretación:

«For purposes of interpreting Article 2 (2) (d) of the Statute, the Chamber holds that the measures intended to prevent births within the group, should be construed as sexual mutilation, the practice of sterilization, forced birth control, separation of the sexes and prohibition of marriages. *In patriarchal societies, where membership of a group is determined by the identity of the father, an example of a measure intended to prevent births within a group is the case where, during rape, a woman of the said group is deliberately impregnated by a man of another group, with the intent to have her give birth to a child who will consequently not belong to its mother's group.*

Furthermore, the Chamber notes that *measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental.*

---

<sup>108</sup> *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-T, 2 September 1998; *The Prosecutor v. Alfred Musema*, Case N° ICTR-96-13, 27 January 2000.

<sup>109</sup> *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 502.

<sup>110</sup> *Ibid.*, párrafo 504.

For instance, rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate, in the same way that members of a group can be led, through threats or trauma, not to procreate»<sup>111</sup>.

### 1.2.3. *Crímenes contra la humanidad*

**21.** La noción de crímenes contra la humanidad, que había sido utilizada previamente sin un sentido técnico determinado<sup>112</sup>, fue incorporada al Estatuto de Nüremberg y, posteriormente, la Carta de Tokio, así como al Reglamento del Consejo de Control para Alemania N.º 10. El concepto fue aplicado también por tribunales nacionales en los casos *Eichman*, *Barbie*, *Touvier* y otros. El carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y del principio de atribución de responsabilidad penal por la comisión de estos actos, no ha sido nunca seriamente cuestionado<sup>113</sup>. Por el contrario, diversos instrumentos convencionales y proyectos de codificación posteriores han confirmado este carácter<sup>114</sup>.

En virtud del artículo 5 del Estatuto del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia:

«El Tribunal tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) *Tortura*; g) Vio-

---

<sup>111</sup> *Ibid.*, párrafos 507-508 [cursiva añadida].

<sup>112</sup> En tal sentido, CLARK, R.: *Crimes against Humanity at Nuremberg. The Nuremberg and International Law*, pág. 177, Ginburgs and Kudriavtsev.

<sup>113</sup> *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-T, 7 May 1997, párrafo 623.

<sup>114</sup> Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, Nueva York, 9 de diciembre de 1948; Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, Nueva York, 26 de noviembre de 1968.

*Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Texto definitivo aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (1996). Proyecto de Estatuto para una Corte Internacional Permanente de la CDI, Informe de la CDI en su 46.º sesión, Doc. N.U., G.A.O.R. A/49/10.*

lación; h) Persecución por motivos políticos o religiosos; i) *Otros actos inhumanos*»<sup>115</sup>.

En términos análogos, aunque no idénticos, en virtud del artículo 3 de su Estatuto:

«El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) *Tortura*; g) *Violación*; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) *Otros actos inhumanos*»<sup>116</sup>.

Las condiciones de aplicabilidad del concepto de crímenes contra la humanidad incluyen la necesaria comisión del crimen *como parte de un ataque generalizado o sistemático*<sup>117</sup> *dirigido contra la población civil*, sea ésta o no de la misma nacionalidad que el res-

---

<sup>115</sup> Cursiva añadida.

En cuanto a la posible calificación de determinadas agresiones como crimen de esclavitud, aspecto sobre el que aún no ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal, véase el Acta de Acusación en el asunto *Foca*, Case N° IT-96-23-I. Asimismo, *Formas contemporáneas de esclavitud: la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado. Informe final presentado por la Sra. Gay J.M. Mc Dougall, Relatora Especial*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998.

<sup>116</sup> Cursiva añadida.

<sup>117</sup> Como afirmaba la Sala de Primera Instancia del Tribunal penal internacional para Ruanda: «[...] it is a prerequisite that the act must be committed as part of a wide spread or systematic attack and not just a random act of violence. The act can be part of a widespread or sytematic attack and *need not be a part of both* (*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 579 [cursiva añadida]). En cuanto a la determinación de ambos conceptos: «The concept of widespread may be defined as massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims. The concept of systematic may be defined as thoroughly organised and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources. There is no requirement that this policy must bee adopted formally as the policy of a state. There must however be some kind of preconceived plan or policy» (*Ibid.*, párrafo 580).

ponsable<sup>118</sup>. En el Estatuto del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia se exige además un *nexo entre el crimen y la existencia de un conflicto armado internacional o interno*<sup>119</sup>.

La enumeración de actos susceptibles de calificarse como crímenes contra la humanidad no es exhaustiva como indica la referencia a *otros actos inhumanos*, en virtud de la cual «[a]ny act

---

Otro matiz importante es el relativo a la *naturaleza no necesariamente violenta del ataque en cuestión*. Por ejemplo, la imposición de un sistema de apartheid —que el artículo 1 de la Convención de 1973 califica como un crimen contra la humanidad— o la presión ejercida sobre la población civil para que ésta actúe de una determinada manera, pueden considerarse actos subsumibles en el concepto de crímenes contra la humanidad si presentan un carácter generalizado o sistemático (*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 583).

<sup>118</sup> Los tribunales penales internacionales han adoptado, no obstante, a estos efectos, un concepto flexible de población civil que se extiende a las *personas que en algún momento han participado en movimientos de resistencia*. *Vukovar Rule 61 Decision*, IT-95-13-R61, 3 April 1996, párrafo 29; *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafos 575-576. Con fundamento en el artículo 50 (3) del Protocolo I y en consonancia con las opiniones manifestadas por la Comisión de Expertos, el Tribunal ha mantenido que la población en cuestión ha de ser preponderantemente civil; la presencia de algunos no civiles no altera el carácter civil de una población (*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 582).

<sup>119</sup> Esta exigencia no se deriva del Derecho Internacional consuetudinario en la materia, sino del tenor literal del artículo 5 del Estatuto del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, que incorpora un concepto de crímenes contra la humanidad más restrictivo en este sentido (*Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case N° IT-94-1-AR72, 2 October 1995, párrafo 141; *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-T, 7 May 1997, párrafo 627). Siendo esto así, se ha planteado la necesidad de establecer el *grado o intensidad del nexo exigido en el Estatuto* (*Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-T, 7 May 1997, párrafo 630). Teniendo en cuenta las declaraciones de Estados miembros del Consejo de Seguridad que lo interpretaron como referido a la comisión del crimen en período de conflicto armado, y coincidiendo con algunas opiniones doctrinales manifestadas a este respecto, el Tribunal ha entendido que este elemento tiene una *connotación temporal más que sustantiva* (*Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-T, 7 May 1997, párrafos 632-634). Sobre la cuestión del nexo y la discusión sobre la relevancia de los *motivos personales* del autor del crimen, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-T, 7 May 1997, párrafo 659; *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-T, 15 de julio de 1999, párrafos 238-272).

which is inhumane in nature and character may constitute a crime against humanity, provided the other elements are met»<sup>120</sup>. Esta calificación se ha aplicado a determinadas formas de agresiones sexuales que no respondían al concepto de violación, tales como el hecho de forzar a una persona a desnudarse exponiéndola a la curiosidad pública<sup>121</sup>.

El crimen de persecución es el único entre los crímenes de lesa humanidad que requiere la concurrencia de *una intención discriminatoria*<sup>122</sup>, por motivos de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas<sup>123</sup>.

Se han impuesto penas por violación constitutiva de crimen contra la humanidad en el asunto *Akayesu*<sup>124</sup>. También se han formulado cargos en el mismo sentido en el Asunto *Musema*<sup>125</sup>, pero la acusación no prosperó, y cargos que fueron retirados en el asunto *Serushago*<sup>126</sup>.

## **2. EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

**22.** De conformidad con su Estatuto, adoptado en la Conferencia de Roma en julio de 1998, la Corte Penal Internacional estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de transcendencia internacional y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales<sup>127</sup>.

---

<sup>120</sup> *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 585.

<sup>121</sup> *Ibid.*, párrafo 697.

<sup>122</sup> *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-T, 15 de julio de 1999, párrafos 273-305).

<sup>123</sup> *Ibid.*, párrafos 583-584.

<sup>124</sup> *The Prosecutor Versus Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICRT-96-4-T, 2 September 1998.

<sup>125</sup> *The Prosecutor v. Alfred Musema*, Case N° ICTR-96-13, 27 January 2000.

<sup>126</sup> *The Prosecutor v. Omar Serushago*, Case N° ICTR-98-39-S, 5 February 1999.

<sup>127</sup> Artículo 1.

En la definición de la competencia material, el propio Estatuto ha previsto la elaboración de un documento sobre los Elementos de los Crímenes, que asistirá a la Corte en la interpretación y aplicación de los artículos 6, 7 y 8 del mismo<sup>128</sup>. En dichos artículos ha quedado establecida la competencia de la Corte respecto del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. También la Corte tendrá competencia respecto del crimen de agresión, en este caso con las limitaciones previstas en el artículo 5 (2) del Estatuto<sup>129</sup>.

En este marco, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha incorporado expresamente diversos tipos relativos a la violencia sexual y de género<sup>130</sup>. Así, en cuanto al crimen de genocidio, puesto que el artículo 6 del Estatuto reproduce la definición de genocidio

---

<sup>128</sup> Al respecto, *The Internacional Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, LEE, R.S. (ed.), Transnational Publisher, USA, 2001.

<sup>129</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Los tribunales penales internacionales», *Organizaciones Internacionales*, DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., 11.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1999, págs. 303-304; VON HEBEL, H./ROBINSON, D.: «Crimes within the Jurisdiction of the Court», *The Making of the Rome Statute -Issues, Negotiations, Results*, LEE, R. (ed.), Kluwer Law International, Netherlands, 1999, págs. 79-126; ZIMMERMAN, A.: «The Creation of a Permanent International Criminal Court», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2, 1998, FROWEIN, J. A./WOLFRUM, R. (eds.): Kluwer Law, London/The Hague/Boston, 1998, págs. 169-237.

<sup>130</sup> Probablemente bajo la influencia del Proyecto de Estatuto y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional —que no contenían menciones específicas a los crímenes de violencia sexual y de género— en los primeros proyectos de 1996 únicamente se consideraba de forma explícita el crimen de violación, que seguía apareciendo vinculado a la noción de los ataques a la dignidad personal en la categoría de los crímenes de guerra. Esta tendencia cambió en diciembre de 1997 a raíz de los debates suscitados por una propuesta de enmienda introducida por Nueva Zelanda y Suiza, momento en el que el Comité Preparatorio decidió establecer una categoría específica de crímenes de violencia sexual [PrepCom Decisions (December) 9, A/AC.249/1997/L.9/Rev.1., Article 20C(B) (pág. bis)] Ya en el marco de la Conferencia de Roma se manifestó un amplio consenso en cuanto a la introducción de esta categoría de crímenes en el marco de los crímenes de guerra, incluidas las violaciones graves del artículo 3 común, y los crímenes de lesa humanidad. Para un estudio de los trabajos preparatorios a este respecto, STEAINS, C.: «Gender Issues», en particular págs.



de la Convención, puede entenderse implícitamente admitida la competencia para el enjuiciamiento de las agresiones sexuales —de acuerdo con las interpretaciones desarrolladas por los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda— en virtud del artículo 6 (b) y (d).

En segundo lugar, en relación con los crímenes de guerra y siguiendo la línea interpretativa del Estatuto del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, el Estatuto distingue entre *infracciones graves* de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y *otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales*, recogiendo en ambos supuestos los crímenes de contenido sexual. Así, entre las infracciones graves el Estatuto menciona la tortura y otros actos inhumanos<sup>131</sup>, así como el hecho de «infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud»<sup>132</sup>, que de acuerdo con la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda pueden aplicarse a las agresiones sexuales. A esto se añade que, en el concepto de violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados internacionales, menciona explícitamente el hecho de «cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra»<sup>133</sup>.

En los conflictos armados de carácter interno, introduce asimismo una diferenciación entre las *violaciones graves del artículo 3 común* a los Convenios de Ginebra de 1949 y *otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional* definidos en el artículo 8 (2) (f). En la primera categoría, las agresiones sexuales quedarían implícitamente comprendidas entre los «actos de violencia contra la vida y la persona, en particular [...] las mutilaciones, los tratos crueles y la tor-

---

364-375; VISEUR SELLERS, P./OKUIZUMI, K.: «International Prosecution of Sexual Assaults», en particular págs. 73-80.

<sup>131</sup> Artículo 8 (2) (a) (ii).

<sup>132</sup> Artículo 8 (2) (a) (iii).

<sup>133</sup> Artículo 8 (2) (b) (xxii).

tura» y «los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes». En la segunda, se menciona de nuevo expresamente el hecho de «cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra»<sup>134</sup>.

También en el ámbito de los «crímenes de lesa humanidad» el artículo 7 (1) (g) incluye expresamente la «violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable». Asimismo, una innovación esperada del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es que incorpora en el crimen y el concepto de persecución una mención explícita de la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos [...] de género»<sup>135</sup>.

## 2.1. Crimen de genocidio

**23.** En el marco de la Conferencia de Roma se expresó un amplio consenso sobre la necesidad de respetar la definición del crimen de genocidio ofrecida por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, que según una opinión manifestada por el Tribunal Internacional de Justicia ha pasado a formar parte del Derecho Internacional consuetudinario. En la determinación del concepto a los efectos del Estatuto y en el marco de los elementos de los crímenes también han ejercido su influencia los pronunciamientos de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, en particular en los asuntos *Akayesu*<sup>136</sup> y *Jelusic*<sup>137</sup>.

Los elementos segundo y tercero de cada crimen están referidos a la identidad de la víctima y el dolo específico característico del

---

<sup>134</sup> Artículo 8 (2) (e) (vi).

<sup>135</sup> Artículo 7 (1) (h).

<sup>136</sup> *The Prosecutor Versus Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICRT-96-4-T, 2 September 1998.

<sup>137</sup> *The Prosecutor Versus Jelusic*, Case N° ICTJ Trial Chamber, IT-95-10-T, 14 de diciembre de 1999.

genocidio. El último de los elementos de cada crimen define el contexto en el que debe tener lugar la conducta; en particular, la exigencia de que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra el grupo o haya podido por sí misma causar la destrucción del mismo. A este respecto, el proyecto precisa que en la expresión «en el contexto de» quedan incluidos los actos iniciales de una serie que comienza a perfilarse y la expresión «manifiesta» es una calificación objetiva. Por otro lado, aunque el artículo 30 del Estatuto exige un elemento de intencionalidad y el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer el genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso particular.

#### **2.1.1. *El genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental***

**24.** En la configuración de este tipo se reproduce el lenguaje característico del artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948. El Proyecto definitivo de los Elementos de los Crímenes exige a este respecto:

- «1. Que el autor haya causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas,
2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado,
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal,
9. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción».

En relación con el primero de los elementos, se precisa que la conducta en cuestión puede incluir, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, pero no está necesariamente limitada a ellos. De esta forma, se hace manifiesta la intención de integrar en la configuración de este crimen la interpre-

tación establecida por el Tribunal penal internacional para Ruanda en el *asunto Akayesu*<sup>138</sup> y en el *asunto Musema*<sup>139</sup>.

**2.1.2. *El genocidio mediante la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo***

**25.** Nuevamente, estamos en presencia de un tipo penal establecido de conformidad con el lenguaje empleado en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948 y puede interpretarse, en consonancia con los pronunciamientos del Tribunal penal internacional para Ruanda en el *asunto Akayesu*<sup>140</sup>, como un crimen susceptible de acoger prácticas como el embarazo forzado, la mutilación sexual, la esterilización, la imposición de medidas de control de la natalidad, la separación de los miembros del grupo en razón del sexo, y la prohibición de los matrimonios.

El Proyecto definitivo de los Elementos de los Crímenes establece como requisitos:

- «1. Que el autor haya impuesto ciertas medidas contra una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que las medidas impuestas hayan estado destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción».

---

<sup>138</sup> *The Prosecutor Versus Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICRT-96-4-T, 2 September 1998.

<sup>139</sup> *The Prosecutor v. Alfred Musema*, Case N° ICTR-96-13, 27 January 2000.

<sup>140</sup> *Ibid.*

## **2.2. Crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra: la categoría de los crímenes de violencia sexual**

**26.** Los elementos materiales y mentales de los crímenes de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales, son prácticamente los mismos en el marco de la categoría de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. La única diferencia atañe a la cláusula residual de otros abusos sexuales, ya que en tanto el artículo 7 (1) (g) se refiere a otros abusos «de gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7 1) g) del Estatuto», en tanto que el artículo 8 (2) (b) (xxii) exige una gravedad comparable «a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra».

Lógicamente, varían los elementos que definen el contexto en el que debe inscribirse la conducta para una y otra categoría de crímenes.

**27.** Más concretamente, los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en el que debe tener lugar la conducta. En concreto, aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. Su formulación en el Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes es la siguiente:

«[...] Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

[...] Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo».

El mencionado proyecto precisa la noción de «ataque contra una población civil» señalando que se entenderá por tal una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar y cuando se hace referencia a la «política... de cometer ese ataque» se requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil. En principio, esto significa que dicha política se eje-

cutaría mediante la acción del Estado o de la organización aunque, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar que apuntase conscientemente a alentar un ataque.

En cuanto a la exigencia de conocimiento del ataque, este último elemento no implica que se requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. Trátándose de un ataque que estuviere comenzando cuando tuvo lugar la conducta, el elemento de intencionalidad existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole.

**28.** Análogamente, los dos últimos elementos de cada crimen de guerra describen el contexto en el que debe tener lugar la conducta. En concreto, estos elementos aclaran el nexo requerido con una situación de conflicto armado internacional —para el caso de las conductas contempladas en el artículo 8.2 a) y b) del Estatuto— o interno —para el caso de las conductas contempladas en el artículo 8.2 c) y e) del Estatuto— y el conocimiento de su existencia por el autor. La formulación empleada en el Proyecto definitivo de los Elementos de los Crímenes es la siguiente:

«[...] Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado [...] y haya estado relacionada con él.

«[...] Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado».

El propio proyecto precisa, con respecto a estos elementos, que no se exige que el autor haya hecho una evaluación sobre la existencia de conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional, ni tampoco que sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga una u otro carácter. Se exige únicamente el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado.

### **2.2.1. La violación**

**29.** Las prohibiciones internacionales explícitas de la violación constan en el Derecho Internacional Humanitario en los artículos 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949, 75 (2) (b) y 76 (1) delPROTOCO-

lo I y 4 (2) (e) del Protocolo II, pero estas normas no ofrecen una definición de tal conducta. Siguiendo la línea interpretativa de la jurisprudencia sentada por los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda en los asuntos *Akayesu*<sup>141</sup>, *Delalic*<sup>142</sup> y *Furundzija*<sup>143</sup>, pero dando paso a un concepto más amplio y preciso de la violación, en el Proyecto definitivo de los Elementos de los Crímenes se requiere:

- «1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.
2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación o la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un temor de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

[...]»

Así, frente al concepto de penetración, el concepto de invasión se ha utilizado en un sentido amplio, para que resulte neutro en cuanto al género. En tanto que el Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia se refería en el asunto *Furundzija*<sup>144</sup> a la penetración de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto usado por éste o a la penetración de la boca de la víctima por el pene del perpetrador, se consideran ahora en el marco del Estatuto las invasiones del cuerpo de una persona mediante una conduzca que implique la penetración del cuerpo de la víctima «o del autor» con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto «u otra parte del cuerpo».

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> *The Prosecutor Versus Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzi also known as «Zenga»*, Case N° IT-96-21-T, 16 November 1998

<sup>143</sup> *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T 10, 19 December 1998.

<sup>144</sup> *Ibid.*

Asimismo, en comparación con la definición de la violación ofrecida por el Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia en el *asunto Furundzija*<sup>145</sup>, la circunstancia relativa al recurso a la fuerza o la coacción queda ilustrada con algunos ejemplos y se incorpora una mención específica al caso de las personas incapaces de dar su libre consentimiento. En tal sentido, se precisa en el Proyecto definitivo de los Elementos de los Crímenes que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adoleciera de una capacidad natural, inducida o debida a la edad.

### **2.2.2. La esclavitud sexual**

**30.** El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tipifica la esclavitud como crimen de lesa humanidad en su artículo 7 (1) (c), y la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en sus artículos 7 (1) (g) y 8 (2) (b) (xxii). El artículo 7 (2) (c) del Estatuto ofrece una definición amplia de la esclavitud —que se extiende al tráfico de personas, en particular de mujeres y niños—, en tanto que la determinación de los elementos que caracterizan a la esclavitud sexual únicamente se realiza en el contexto de la definición de los Elementos de los Crímenes. En tal sentido, se requiere:

- «1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.
  2. Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.
- [...]»

Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrían ser dos o más personas con un propósito delictivo común.

El concepto de esclavitud sexual fue inicialmente introducido por la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, con inclusión

---

<sup>145</sup> *Ibid.*



de su causas y consecuencias, para calificar la experiencia de las denominadas mujeres de solaz en el transcurso de la II Guerra Mundial tras observar con acierto que la aplicación del concepto de prostitución forzada a estas situaciones resultaba inadecuada<sup>146</sup>. *The Women's Caucus* se basó en estas consideraciones para promover una diferenciación entre los crímenes de esclavitud sexual y de prostitución forzada en función del grado de violencia, coerción y control que resultaría característico de la esclavitud sexual<sup>147</sup>.

### 2.2.3. La prostitución forzada

31. El concepto de prostitución forzada es introducido por primera vez en el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949, promovido por el *Congreso Internacional de Mujeres* y la *Federación Internacional de Abolicionistas* como reacción a las experiencias de la II Guerra Mundial, y es reiterado nuevamente en los artículos 75 (2) (b) y 76 (1) del Protocolo I y 4 (2) (e) del Protocolo II. Sin embargo, la prostitución forzada no es definida en estas disposiciones ni en el propio Estatuto de Roma. Es ya en el marco del Proyecto definitivo de los Elementos de los Crímenes donde se requiere:

- «1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.
2. Que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.

[...]».

<sup>146</sup> Informe sobre la misión a la República Democrática de Corea, la República de Corea y Japón sobre la cuestión de la esclavitud sexual en la guerra, Doc. NU E/CN.4/1996/52/Add.1, 4 de enero de 1996, párrafos 8-10.

<sup>147</sup> BEDONT, B., «Gender-Specific Provisions in the Statute of the International Criminal Court», pág. 200.

Atendiendo a las dificultades que puede plantear la diferenciación práctica entre situaciones de esclavitud sexual y de prostitución forzada y al riesgo de estigmatización de la víctima que implica el uso de este lenguaje, cabe plantearse si no hubiera sido preferible el abandono de esta terminología tras la introducción del nuevo concepto de esclavitud sexual.

#### **2.2.4. El embarazo forzado**

**32.** En cuanto al embarazo forzado, se trata de un concepto que ya había manejado el Tribunal penal internacional para Ruanda en el *asunto Akayesu* y merecido una mención específica en la Declaración y el Programa de Acción de Viena<sup>148</sup> y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing<sup>149</sup>, resultando igualmente condenado en diversas resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos<sup>150</sup>. No obstante, este es un crimen codificado por primera vez de forma explícita en el Estatuto de Roma; y ello, tras una intensa negociación, pues constituyó sin duda la más sensible de las cuestiones suscitadas por las disposiciones sobre la violencia sexual y de género.

El propio artículo 7. 2 (f) del Estatuto ofrece el siguiente concepto de embarazo forzado:

«Por embarazo forzado se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo».

En cuanto a los Elementos de los Crímenes, se requiere:

- «1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población

---

<sup>148</sup> párrafo 38.

<sup>149</sup> Párrafos 114, 132 y 135.

<sup>150</sup> Resolución 1998/52 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer; Resolución 1998/76 sobre los derechos del niño, párrafo 13 (a).

o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.

[...]»

Tal y como ha quedado definido este tipo, el crimen de embarazo forzado no comprende los supuestos de confinamiento de una mujer que haya quedado embarazada tras mantener relaciones sexuales consensuadas, ya que se consideran únicamente los supuestos de embarazo «por la fuerza»<sup>151</sup>. De esta forma, el contenido del tipo se aproxima al concepto del *embarazamiento forzado* promovido por el Vaticano<sup>152</sup>. Esta diferencia terminológica expresaba una preocupación, compartida por otras delegaciones como la del gobierno de Irlanda, interesadas en excluir cualquier debate sobre el derecho al aborto y las políticas de denegación de los servicios médicos para el aborto.

El confinamiento en cuestión será el realizado con la intención de modificar la composición étnica de una población «o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional». En este caso no logró imponerse la concepción defendida por el Vaticano y otras delegaciones de países católicos e islámicos partidarias de vincular en exclusiva el crimen del embarazo forzado con las políticas de limpieza étnica. Por el contrario, el lenguaje empleado permite que sean incluidas en este tipo de crimen conductas relacionadas con otros fines, tales como la realización de experimentos médicos con las embarazadas y sus fetos; una práctica ya conocida en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial a la que quedaron sometidas algunas mujeres judías.

### **2.2.5. La esterilización forzada**

**33.** El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es el primer instrumento que ofrece una mención específica de la esterilización forzada como crimen internacional. Su definición no cons-

---

<sup>151</sup> No obstante, esta conducta podría quedar subsumida en otros tipos de crímenes como la esclavitud, la esclavitud sexual o la violencia sexual.

<sup>152</sup> Proposal submitted by the Holy See, A/AC.249/1998/DP.13, 1 de abril de 1998.

ta en ningún instrumento jurídico internacional anterior y la determinación del concepto fue una cuestión delicada. Finalmente, en el Proyecto definitivo de los Elementos de los Crímenes se ha convenido que la criminalización de esta conducta implica:

- «1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica.
2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento.

[...]»

En el concepto de esterilización forzada quedan pues incluidas cualesquiera medidas que supongan la privación de la capacidad biológica de reproducción, ya sea con carácter definitivo o meramente temporal, sin que necesariamente tales medidas hayan de implicar la realización de intervenciones quirúrgicas para la extirpación de los órganos de reproducción ya que la pérdida de la capacidad de reproducción puede resultar, por ejemplo, de actos como el uso de armas químicas. Quedan, no obstante, al margen de esta definición las medidas de control de la natalidad «que no tengan un efecto permanente» en la práctica.

Asimismo, es preciso que las medidas en cuestión no estuvieran justificadas por motivos médicos y que se hayan llevado a cabo sin el libre consentimiento de la víctima. La noción de libre consentimiento se interpreta en el mismo sentido que se atribuye a esta exigencia en el contexto del crimen de violación, si bien en el caso de la esterilización forzada el Proyecto definitivo de los Elementos de los Crímenes se ha considerado conveniente precisar que el término «libre consentimiento» no incluye el consentimiento obtenido mediante engaño.

#### ***2.2.6. Las cláusulas residuales sobre la violencia sexual***

**34.** El crimen de violencia sexual se configura por primera vez como un tipo penal autónomo en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, si bien esta configuración se basa en la noción de los atentados contra la dignidad personal y el pudor que figura en los artículos 27 (2) del IV Convenio de Ginebra de 1949, 75 (2)

b y 76 (1) del Protocolo I y el artículo 4 (2) (e) del Protocolo II, así como en la jurisprudencia relativa al concepto de *agresiones sexuales* —como noción más amplia en la quedaría incluida el concepto de violación— por los Tribunales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, principalmente en los asuntos *Akayesu*<sup>153</sup>, *Delalic*<sup>154</sup> y *Furuntzija*<sup>155</sup>. La noción de violencia sexual se introdujo como alternativa a otros términos —atentados o agresiones sexuales— difícilmente extensible a conductas tales como el hecho de forzar a una persona a desnudarse y exponerla a la curiosidad pública teniendo en cuenta el significado que se les atribuye a éstos en algunos sistemas penales nacionales.

En la determinación de los Elementos de los Crímenes se exige:

- «1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento

[...]

Más controvertida es la exigencia relativa al hecho de que la conducta en cuestión haya tenido una gravedad comparable «a la de los demás crímenes del artículo 7 (1) (g) del Estatuto» —para el caso del crimen de lesa humanidad—, «a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra» —para el caso del crimen de guerra en conflictos armados internacionales— y «a la de las violaciones graves del artículo 3 común» —para el caso de los conflictos armados internos—. En las negociaciones, y en relación con los crímenes de guerra en conflictos armados internacionales, algunas delegaciones argumentaron que con la introducción de esta exigencia se trataba

<sup>153</sup> *The Prosecutor Versus Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICRT-96-4-T, 2 September 1998,

<sup>154</sup> *The Prosecutor Versus Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzi also known as «Zenga»*, Case N° IT-96-21-T, 16 November 1998.

<sup>155</sup> *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T 10, 19 December 1998.

únicamente de indicar que los crímenes enumerados en la categoría de las violencias sexuales eran en sí mismos susceptibles de ser considerados como infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949. En cambio, para otras delegaciones, lo que se pretendía era aclarar que la Corte únicamente ejercería su jurisdicción con respecto a las violencias sexuales de cierta gravedad<sup>156</sup>. Aunque esta última interpretación resulte más restrictiva, parece encajar mejor con el sentido que se le atribuye a esta misma exigencia en el contexto de los crímenes de lesa humanidad, ya que en este caso se requiere que las conductas en cuestión presenten una gravedad comparable a la de los demás crímenes de violencia sexual enumerados en el artículo 7 (1) (g) del Estatuto. Por este motivo, surge la duda sobre la posibilidad de que otras violencias sexuales de menor gravedad puedan considerarse incluidas en la noción de otros actos inhumanos tal y como ésta ha quedado definida en el artículo 7 (1) (k).

### **2.3. Los crímenes de lesa humanidad: la violencia de género**

**35.** Junto con los tipos incluidos en la categoría de los crímenes de violencia sexual, la vertiente del género aparece en algunos otros tipos en los que se definen conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad; en particular, la esclavitud y la persecución.

#### **2.3.1. La esclavitud**

**36.** El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incorpora una definición de la esclavitud en la que resulta ampliado el concepto adoptado por los instrumentos internacionales preexistentes en la materia<sup>157</sup>, pues se incluye una mención explícita al trá-

---

<sup>156</sup> Al respecto, STEAINS, C.: «Gender Issues», pág. 364.

<sup>157</sup> Artículo 1 de la Convención sobre la Esclavitud, Ginebra, 25 de septiembre de 1926; Artículos 1 y 6 (2) de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, Ginebra, 7 de septiembre de 1956; Artículos 2 y 25 del Convenio N.º 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzado; artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 317, de 2 de diciembre de 1949.

fico de personas<sup>158</sup> y, en este contexto, una referencia específica al tráfico de mujeres y niños. A este respecto, conviene señalar que también ha resultado ampliado el concepto mismo de tráfico de personas, al no quedar limitado al tráfico con un propósito de explotación sexual. De este modo, en el tipo considerado de esclavitud podrían quedar incluidas conductas tales como el tráfico de mujeres y niñas para obligarlas a prestar servicios domésticos, que no constituyen esclavitud sexual en el sentido atribuido al término en el marco de los artículos 7 (1) (g) y 8 del Estatuto, sino más bien un modelo de esclavitud relacionado con las connotaciones sociológicas propias del género.

Concretamente, el artículo 7 (2) (c) del Estatuto de Roma define la esclavitud en los siguientes términos:

«Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños».

En la definición de los Elementos de los Crímenes se requiere:

- «1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.

[...]».

Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición

---

<sup>158</sup> Esta práctica había sido objeto de condena en los siguientes instrumentos universales y regionales: Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, Nueva York, 2 de diciembre de 1949; Artículo 4 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; el artículo 6 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; el artículo 5 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Véase también, el Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, celebrada en octubre de 1994, párrafos 4.9, 4.23 y Principio 11.

de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956.

### 2.3.2. *La persecución*

**37.** El crimen de persecución ya quedó recogido en los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, el Reglamento del Consejo de Control N.º 10 y los Estatutos de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda. No obstante, ninguno de estos instrumentos ofrecía una definición de dicho crimen.

En el marco de la Conferencia de Roma se llegó al acuerdo de que la persecución implicaba una privación intencional y severa de derechos fundamentales con una intención discriminatoria. Asimismo, se decidió ampliar el enunciado de los motivos de base para esta discriminación mencionados en el Estatuto de Nüremberg y el Reglamento del Consejo de Control N.º 10 —concretamente, los políticos, raciales y religiosos— que se reproducían en el Proyecto de Estatuto y el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la CDI<sup>159</sup>, incorporándose en este contexto la persecución por motivos de género. A este respecto, es del mayor interés la opinión anticipada por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer cuando advertía que, aunque hasta el momento las cuestiones de género no se habían incluido como base independiente para la acusación, *los delitos de lesa humanidad podrían interpretarse teniendo en cuenta las normas que se estaban desarrollando en materia de legislación sobre los refugiados, en las que cada vez se reconocen más las cuestiones de género como base para las calificaciones*<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> Artículos 5 y 3, respectivamente.

<sup>160</sup> Doc. N.U., E/CN.4/1998/54, 26 de enero de 1998, párrafo 70. Al respecto, CIPRIANI, L.: «Gender and Persecution: Protecting Women Under International Refugee Law», *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 7, 1993, págs. 511-548; LOVE, E.: «Equality in Political Asylum Law: For a Legislative Recognition of Gender-Based Persecution», *Harvard Women's Law Journal*, vol. 17, 1994, págs. 133-155; NEAL, D. L.: «Women as a Social Group: Recognizing Sex Based Persecution as Grounds for Asylum», *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 20, 1988, págs. 203-257; SCHENK, T. S.: «A Proposal to Improve the Treatment of Women in Asylum Law: Adding a Gender Category to the International Definition of Refugee», *Ind. J. Global L. Stud.*, vol. 2, 1994, págs. 301-344.



En el Proyecto definitivo de los Elementos de los Crímenes se requiere:

- «1. Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional.
2. Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales.
3. Que la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
4. Que la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte».

38. Otro de los aspectos que suscitaba la configuración de este crimen era el relativo a la definición del concepto de género. El artículo 7 (3) especifica que a los efectos del Estatuto:

«Se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género no tendrá más acepción que la que antecede».

Esta definición del género fue el resultado de una intensa negociación al final de la cual se reconoció que el sexo es una noción de carácter esencialmente biológico —en tanto apunta a la existencia de unas características físicas propias de hombres y mujeres— mientras que el concepto de género incluye un componente sociológico —y en tal sentido, evoca la existencia de unos roles asignados socialmente a hombres y mujeres en función del contexto y de la época—<sup>161</sup>. A pesar de la oposición manifestada por algunas delegaciones, en el crimen de persecución por motivos de género puede considerarse incluida la persecución basada en la orientación sexual de la vícti-

---

<sup>161</sup> Véanse al respecto los comentarios relativos al concepto de género en el informe del Secretario General, Doc. UN A/51/322, 3 septiembre de 1996, párrafo 9.

ma. Ésta fue la opinión mayoritaria y a ella coadyuva la cláusula general de no discriminación del artículo 21 (3) del Estatuto<sup>162</sup>.

Finalmente, es importante advertir que en virtud del cuarto elemento se ha establecido la necesidad de que el crimen de persecución se cometa no de forma autónoma, sino en relación con cualquier acto considerado en el marco de los crímenes de lesa humanidad u otros crímenes de competencia de la Corte.

#### IV. CONCLUSIONES

**39.** Del estudio realizado en las páginas precedentes se deduce que la contribución de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda en materia de violencias sexuales contra mujeres civiles en conflictos armado, se manifiesta básicamente en los siguientes tres aspectos: (i) la determinación del concepto de violación y agresión sexual y el cambio de orientación en la determinación del bien jurídico protegido por las normas internacionales relevantes en la materia, que no es otro que la dignidad humana y el derecho a la integridad física; (ii) la afirmación inequívoca del carácter consuetudinario de la prohibición de tales conductas tanto en conflictos armados internacionales como internos; y (iii) la inscripción de los diferentes tipos de agresiones sexuales en las categorías, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crimen de genocidio, bajo diferentes calificaciones.

En concreto, la caracterización de las agresiones sexuales como crímenes de guerra tiene importantes consecuencias jurídicas ya que sólo las agresiones sexuales masivas o sistemáticas se configuran como crímenes contra la humanidad y es necesaria la concurrencia de un dolo especial para que dichas agresiones sean constitutivas de crimen de genocidio. Asimismo, al desvincularse en parte el concepto de crímenes de guerra del sistema de infracciones graves de los Con-

---

<sup>162</sup> Al respecto del desarrollo de las negociaciones para la definición del género, BEDONT, B./MARTÍNEZ: «Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court», en particular pág. 41; BEDONT, B. «Gender Specific Provisions in the Statute of the International Criminal Court», en particular págs. 186-189; STEAINS: «Gender Issues», en particular págs. 371-375.

venios de Ginebra de 1949, únicamente aplicable en conflictos armados internacionales, ha podido afirmarse que las agresiones sexuales contra mujeres civiles constituyen crímenes de guerra tanto en conflictos armados internacionales —y ello con independencia de la nacionalidad de la víctima— como internos.

**40.** Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aporta básicamente: (i) una tipificación sistemática y expresa de las violencias sexuales —incluidas las fórmulas de aparición más reciente como el embarazo forzado—, como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de genocidio, incorporando definiciones que contribuyen a la necesaria especificación del tipo penal internacional; y (ii) una incorporación explícita de la dimensión del género en otros tipos constitutivos de crímenes de lesa humanidad; en particular la esclavitud y, especialmente la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos de género.

Ya que la Corte Penal Internacional se concibe con carácter permanente, es claro que asumirá en el futuro una función esencial, tanto disuasoria como represiva, en el tratamiento internacional de las violencias sexuales y la violencia de género; en particular, las violencias sexuales contra mujeres civiles en situaciones de conflicto armado que nos han interesado en este estudio. De ahí la indudable importancia que presenta el hecho de que se haya reunido ya el número de ratificaciones requerido para la entrada en vigor de su Estatuto, prevista para el 1 de julio de 2002.